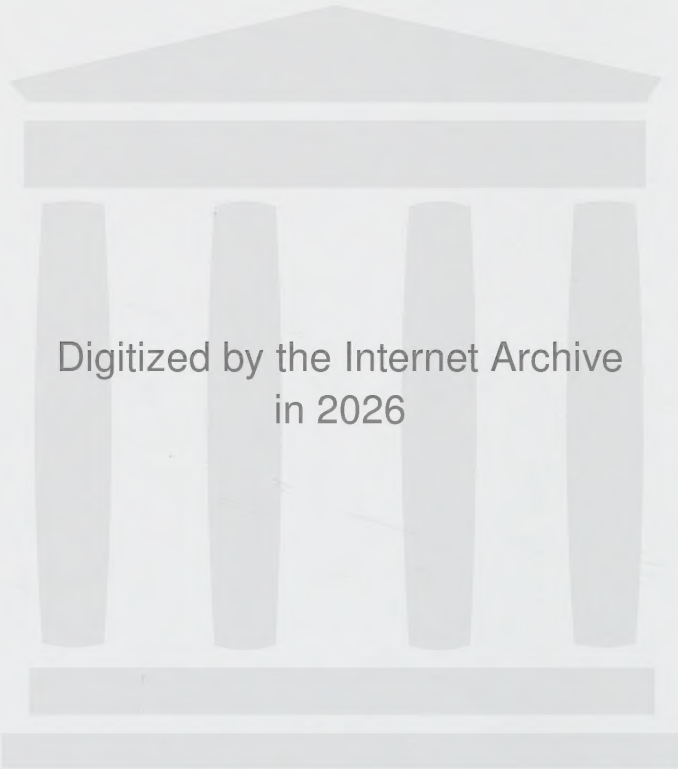


DAS AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNIS

Werner Knoblauch

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DAS AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNIS

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Werner Knoblauch

München 1964

Referent; Professor Dr. Dr. h. c. R. DIETZ

Korreferent; Professor Dr. R. POHLE

Tag der mündlichen Prüfung: 14. 7. 1964

(Schlußberatung)



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XII
Vorbemerkung	1
<u>1. Kapitel:</u> Der Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses	4
I. Die gesetzlichen Grundlagen	4
II. Der Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses in Literatur und Rechtsprechung	4
1. Begriffliche Erörterungen in der Literatur	5
a) Der Begriff Trabandts	5
b) Der Begriff Heimeiers	5
c) Die Begriffe Walters, Bertins und Endenmanns	6
d) Die Begriffe anderer Autoren	6
2. Der Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses in der Rechtsprechung	7
III. Der Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses	7
<u>2. Kapitel:</u> Die Abgrenzung des Aushilfsarbeitsverhältnisses von anderen Arbeitsverhältnissen	9
1. Aushilfsarbeitsverhältnis - Dauerarbeitsverhältnis	9
2. Aushilfsarbeitsverhältnis - Probearbeitsverhältnis	10
3. Aushilfsarbeitsverhältnis - Arbeitsverhältnis in Saison- und Kampagnebetrieben	12
4. Aushilfsarbeitsverhältnis - nichtständiges Arbeitsverhältnis	13
5. Aushilfsarbeitsverhältnis - Nebenbeschäftigung	14
6. Aushilfsarbeit - Hilfsarbeit	14
<u>3. Kapitel:</u> Begründung und Arten des Aushilfsarbeitsverhältnisses	15
I. Die Begründung des Aushilfsarbeitsverhältnisses	15
1. Das Aushilfsbedürfnis	15
2. Die Gestaltung des Vertragsinhaltes	17

	Seite
II. Aushilfsbeschäftigung und Mutterschutz	44
1. Allgemeines	44
2. Das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit	45
a) Die Kündigung	45
b) Die Anfechtbarkeit nach § 119 II BGB	46
c) Die Anfechtbarkeit nach § 123 BGB	47
d) Zusammenfassung	49
3. Das befristete Aushilfsarbeitsverhältnis	49
<u>8. Kapitel:</u> Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung aushilfsweise beschäftigter Personen	50
1. Die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des BetrVG	50
2. Das Wahlrecht der Aushilfsarbeitnehmer zum Betriebsrat	51
a) Das aktive Wahlrecht	51
b) Das passive Wahlrecht	52
3. Aushilfsarbeitnehmer und ständige Arbeitnehmer	53
4. Aushilfsarbeitnehmer und in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer	54
5. Die Sondervertretung der nicht ständig beschäftigten Arbeitnehmer	54
<u>9. Kapitel:</u> Die Stellung der Aushilfsarbeitnehmer in der Sozial- versicherung	56
I. Allgemeines	56
II. Aushilfsarbeitnehmer in der gesetzlichen Krankenversicherung	56
III. Aushilfsarbeitnehmer in der gesetzlichen Unfallversicherung	60
IV. Aushilfsarbeitnehmer in der gesetzlichen Rentenversicherung	60
V. Die Arbeitslosenversicherung der Aushilfsarbeitnehmer	62
<u>10. Kapitel:</u> Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses	63
I. Allgemeines	63
II. Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit	63
1. Allgemeines	63

	Seite
2. Aushilfsarbeitsverhältnisse mit vereinbarter Kündigungsfrist	64
a) Die Sonderregelung der §§ 69 HGB, 113 ac GewO, 88c AllBergG	64
b) Sonstige Arbeitnehmer	65
3. Aushilfsarbeitsverhältnisse ohne Kündigungsvereinbarung	66
4. Die Bedeutung des Kündigungsschutzes im Aushilfsarbeits- verhältnis	67
III. Die Beendigung des befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses	68
1. Allgemeines	68
2. Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf bestimmte Zeit	69
3. Die Beendigung des zweckbefristeten Aushilfsarbeitsverhält- nisses	69
4. Das Problem der Kettenarbeitsverträge	71
IV. Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses mit angegebener Höchst- oder Minstdauer	73
1. Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Höchstdauer	73
2. Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Minstdauer	74
V. Der Zeugnisanspruch des Aushilfsarbeitnehmers	74
VI. Die Fortsetzung des Aushilfsarbeitsverhältnisses	76
Schlußbemerkung	77
Lebenslauf	78

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABlBrZ	Arbeitsblatt für die britische Zone
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AllBergG	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG, München und Berlin (zit. nach Nr. der Entscheidung zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen); bis 1954; Arbeitsrechtliche Praxis, Sammlung der Entscheidungen des BAG, der LAGe und ArbGe, München und Berlin (zit. nach Jahrgang und Nr. der Entscheidung)
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei, Abteilung 11 des Blattei-Handbuchs "Rechts- und Wirtschafts-Praxis"
AR-Kartei	Arbeitsrechts-Kartei
ArbKrankhG	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle
ARS	Arbeitsrechtssammlung (früher Bensheimer Sammlung)
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht

BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
Die Beiträge	Die Beiträge zur Sozial- und Arbeitslosenversicherung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GS	Großer Senat
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Komm.	Kommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MSchG	Mieterschutzgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKG	Reichsknappschaftsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vgl.	Vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung

LITERATURVERZEICHNIS

- Aye, H. Das Mutterschutzgesetz vom 24. Januar 1952, 5. Aufl. mit der 2. Ergänzungslieferung, Essen 1963
- Becker, H. Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt a. M. 1962
- Benner, W. Versicherungspflicht und Versicherungsfreiheit in der Krankenversicherung, Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung, 2. Aufl., Heidelberg 1961
- Bertin Die aushilfsweise Beschäftigung, AR-Kartei
- Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb, 4. Aufl., Heidelberg 1962
- Böhner, H. Sozialversicherungsrechtliche Zweifelsfragen bei der Beschäftigung von Aushilfsangestellten, Betr. 1959, 1029 ff.
- Böttcher, E. Die Handhabung des Bestandsschutzes beim Kettenvertrag, BB 1955, 673 ff.
- Brackmann, K. Handbuch der Sozialversicherung, 1. bis 6. Aufl., Bad Godesberg 1963
- Bulla, G. Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, Komm., München, Berlin 1954
- Capodistrias, J. Die Zeitbestimmung beim Arbeitsverhältnis, Berlin 1940
- Dersch, H. Der Begriff "Arbeitnehmer", AR-Blattei
- Dersch-Neumann Bundesurlaubsgesetz, Komm., 2. Aufl., München, Berlin 1963
- Dietz, R. Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Komm., 3. Aufl., München, Berlin 1960 (zit. Dietz, BetrVG)
- Die Pflicht des ehemaligen Beschäftigten zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse, Festschrift J. W. Hedemann zum 60. Geburtstag, Jena 1938 (zit. Dietz, Hedemann Festschrift)
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, Komm., 1. Bd., 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
- Endemann, H. Das Aushilfsarbeitsverhältnis, AR-Blattei

- Endemann, H. Der vorbestrafte A beitnehmer, BB 1953, 266 ff.
- Erdmann, G. Das Betriebsverfassungsgesetz, Komm., 2. Aufl., Neuwied 1954
- Figge, G. Aushilfs- und Nebenbeschäftigung in der Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung, BB 1961, 411 ff.
- Fitting-Kraegeloh Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Komm., 6. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1962
- Frey, E. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, München, Düsseldorf 1954
- Können Arbeitsverhältnisse angefochten werden? AuR 1953, 167 ff.
- Galperin-Siebert Komm. zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Heidelberg 1963
- Gotzen-Doetsch Das Arbeiterkrankheitsgesetz, 2. Aufl., Berlin, Neuwied 1962
- Gröninger, K. Schwerbeschädigtengesetz, Komm., Frankfurt a.M. 1962
- Haase, U. Versicherungsfreiheit von Nebenbeschäftigten (-tätigkeiten) in der Rentenversicherung der Angestellten, Die Beiträge 1960, 33 ff.
- Heimeier, W. Das Aushilfsarbeitsverhältnis, Betr. 1954, 174 ff.
- Herschel-Steinmann Komm. zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., Heidelberg 1961
- Hess, H. Betriebsratswahlen, BB, Beilage zu Heft 4, 1957 und 1959
- Hessel, P. Krankheit im Arbeitsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1961
- Höhne-Marienhagen Betrieblicher Krankengeldzuschuß für Arbeiter, 2. Aufl., Heidelberg 1962
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1 von Hueck, 7. Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. 1963 (zit. Hueck-Nipperdey I); Bd. 2, Kollektives Arbeitsrecht von Nipperdey, 6. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1957 (Zit. Hueck-Nipperdey II)

- Hueck-Nipperdey-Dietz Komm. zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Aufl., München, Berlin 1943
- Hueck, A. KSchG, Komm., 4. Aufl., München, Berlin 1961
(zit. Hueck, KSchG)
- Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947 (zit. Hueck, Treuegedanke)
- Kettenverträge, RdA 1953, 85 ff.
- Hueck, G. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München, Berlin, 1958
- Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Betr. 1956, 352 ff. und 377 f.
- Jahn Versicherungsfreiheit von Nebentätigkeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, Wege zur Sozialversicherung 1958, S. 1 ff.
- Kaschel-Dersch Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
- Köst, E. Komm. zum Mutterschutzgesetz, Heidelberg 1958
- Lotmar, P. Der Arbeitsvertrag, Bd. 1, Leipzig 1902
- Maus, W. Handbuch des Arbeitsrechts, Baden-Baden, Frankfurt
- Meisinger Treuepflicht im Arbeitsrecht, AR-Blattei
- Molitor, E. Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrages, 2. Aufl., Mannheim 1951 (Zit. Molitor, Die Kündigung)
- Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, AR-Blattei
- Die Behandlung von Kettenarbeitsverträgen, AR-Blattei
- Kritisches zum Problem der Kettenverträge, BB 1954, 504
- Monjau, H. Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, Komm., Münster 1954
- Die Schweigepflicht des Arbeitnehmers, Betr. 1956, 232 f.
- Nikisch, A. Arbeitsrecht, I. Bd., Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961 (zit. Nikisch I)

- Odendahl Zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung,
Die Beiträge 1960, S. 102 ff.
- Oehmann, W. Direktionsrecht und Gehorsamspflicht, AR-Blattei
Das Zeugnis, AR-Blattei
- Oertmann, P. Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß der
Arbeitskämpfe, Berlin 1923
- Peters, H. Handbuch der Krankenversicherung, Teil II/1,
16. Aufl. 1959
- Rewolle, H. Schwerbeschädigtengesetz, Komm., 4. Aufl.,
Düsseldorf 1963
- Rewolle-Köst Handkommentar zum Arbeitsrecht, Göttingen 1953
- Rohwer-Kahlmann Schwerbeschädigtengesetz, Komm., München
- Schelp-Trieschmann Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, Köln, Bonn,
Berlin 1958
- Schlegelberger-
Schröder Handelsgesetzbuch, Komm., 1. Bd., 4. Aufl. Berlin,
Frankfurt a. M. 1960
- Schlessmann, K. Das Arbeitszeugnis, Heidelberg 1961
- Schmidt, E. Das Rechtsverhältnis des Aushilfsangestellten, Betr. 1960,
468 f.
- Sellmann, M. Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter,
Komm., Köln, Berlin 1954
- Siebert, W. Zum Recht der Probezeit, insbesondere Kündigung und
Befristung, BB 1950, 945
- Sigel, W. Der gewerbliche Arbeitsvertrag, Stuttgart 1903
- Sparitus Zur Frage der Kündbarkeit von Probearbeitsverhältnissen
Schwerbeschädigter, AuR 1961, 305 ff.
- Staub-Bondi Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Bd.,
14. Aufl., Berlin, Leipzig 1932
- Staudinger-Nipperdey Der Dienstvertrag, Sonderausgabe aus J. v. Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl.,
Bd. II "Recht der Schuldverhältnisse", 3. Teil, Berlin
1958 (zit. je nach Bearbeiter, Staudinger-Nipperdey-
Neumann; Staudinger-Nipperdey-Mohnen)

- Titze, H. Das kaufmännische Hilfspersonal, 2. Kapitel im 2. Bd. des Handbuchs des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1918 (zit. Ehrenbergs Handbuch)
- Theuerkauf, E. Mutterschutzgesetz, Komm., Köln 1954
- Töns, H. Versicherungsfreiheit bei geringfügigen Beschäftigungen, BB 1957, 616 ff.
- Trabandt, H. Arbeitsverhältnis zur Aushilfe und Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit, BB 1951, 535 f.
- Walter, B. Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, 2. Aufl. Heidelberg 1956
- Wehner, F. Der Aushilfsangestellte in der Arbeitsverwaltung, Das Arbeitsamt 1950, Heft 2, S. 27
- Wilrodt-Gotzen Schwerbeschädigtengesetz, Komm., München, Berlin 1953
- Würdinger, H. Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des RG, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 1953
- Zigan, H. Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz, Heidelberg 1953
- Wiedemann, H. Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach dem KSchG, RdA 1961, 1 ff.

Im folgenden werden die Namen der Autoren mit der Seitenzahl des aus dem Literaturverzeichnis ersichtlichen Werkes angegeben. Bei Kommentaren werden die Anmerkungen zu den einzelnen §§ des kommentierten Gesetzes zitiert. Bei mehreren Werken desselben Autors wird eine Kurzbezeichnung verwendet. Zeitschriftenaufsätze werden nach Verfasser, Zeitschrift, Jahrgang und Seite, Entscheidungen in Entscheidungssammlungen nach Band und Seite zitiert.

VORBEMERKUNG

Sowohl in der Privatwirtschaft als auch in der öffentlichen Verwaltung taucht immer wieder das Bedürfnis auf, einem vorübergehenden Engpaß im personellen Bereich durch die Einstellung solcher Arbeitskräfte abzuweichen, die nur vorübergehend, bis die betrieblichen Aufgaben wieder von den ständigen Arbeitnehmern erfüllt werden können, in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingegliedert werden. Es lassen sich im wesentlichen zwei Ursachen für die Entstehung eines derartigen vorübergehenden Bedarfs denken. Einmal ist es möglich, daß ständige Arbeitnehmer z.B. durch Krankheit, Schwangerschaft, Urlaub, Kuraufenthalt, Wehrdienst oder wegen Abwesenheit zum Besuch von Schulungs- oder Fortbildungskursen dem Betrieb vorübergehend nicht zur Verfügung stehen. Zum anderen kann aber auch der Fall eintreten, daß die ständigen Arbeitnehmer zur Erledigung besonderer - sei es periodischen oder stoßweise anfallender - Arbeitsspitzen nicht in der Lage sind. Hierbei ist vor allem an Schlußverkäufe und den besonderen Käuferandrang vor hohen Feiertagen wie Weihnachten und Ostern zu denken, aber u. U. auch an die starke Zunahme des Käuferstroms an normalen Wochenenden. Weiterhin kommen besondere Aufträge in Betracht, die - oft wegen einer Terminbindung - mit der vorhandenen Belegschaft nicht bewältigt werden können, oder es kann an den vermehrten Arbeitsanfall während der Inventur gedacht werden. 1)

In aller Regel wird ein Betrieb zunächst versuchen, einen solchen vorübergehenden Bedarf durch innerbetriebliche Maßnahmen zu decken, wie etwa durch die Leistung von Überarbeit oder durch die Verlegung von Arbeitskräften aus weniger stark beschäftigten Abteilungen an die Stellen des besonderen Bedarfs. 2) Es bleibt auch noch die Möglichkeit zu versuchen, den zur Durchführung eines Auftrags gesetzten Zeitraum zu verlängern oder den mit den vorhandenen Arbeitskräften nicht zu erledigenden vorübergehenden Arbeitsanfall durch Vergabe von Aufträgen an andere Unternehmen zu bewältigen. Spätestens nach Ausschöpfung dieser Möglichkeiten muß ein Arbeitgeber jedoch, wenn er sich seine Wettbewerbsfähigkeit erhalten will, dazu übergehen, zusätzliche Arbeitskräfte für eine ausnützweise Beschäftigung einzustellen. Es steht selbstverständlich nichts entgegen, wenn sich ein Arbeitgeber bereits vor der Inanspruchnahme dieser anderen Möglichkeiten zur Einstellung von Aushilfsarbeitnehmern entschließt. Insofern ist die manchmal gebrauchte Formulierung,³⁾ daß das Aushilfsarbeitsverhältnis der Behebung eines be-

1, vgl. auch die Beispiele bei Endemann, AR-Blattei, Das Aushilfsarbeitsverhältnis; Walter, Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, S. 48.

2) vgl. ebenda.

3) vgl. Endemann, AR-Blattei, Das Aushilfsarbeitsverhältnis; Heimeler, Betr. 1954, 174; Schmidt, Betr. 1960, 468.

sonderen Notstandes dient, mindestens mißverständlich, da sie den Schluß nahelegt, das Aushilfsarbeitsverhältnis stelle eine ultima ratio nach Ausschöpfung aller anderen Möglichkeiten dar. ¹⁾

Für die Einstellung von Aushilfskräften besteht vor allem in Zeiten der Voll- und Überbeschäftigung ein besonderes Bedürfnis. ²⁾ Die Betriebe können sich oft nur die zur ordnungsgemäßen Erfüllung der gewöhnlichen Betriebsaufgaben erforderlichen Arbeitskräfte sichern und sind häufig nicht in der Lage, den vorübergehenden Ausfall von Arbeitskräften oder einen kurzzeitig verstärkten Arbeitsanfall mit den vorhandenen ständigen Arbeitnehmern zu überbrücken. Diesem Bedürfnis der Betriebe kommt es entgegen, daß es immer einen bestimmten Personenkreis gibt, der zwar kein ständiges Arbeitsverhältnis beginnen will, der aber bereit ist, für kürzere Zeit eine Arbeit anzunehmen. Zu denken ist hier vor allem an Schüler, Studenten, Hausfrauen, Rentner und Pensionare, aber auch an solche Personen, die, solange sie nicht die ihren Vorstellungen entsprechende ständige Beschäftigung finden können, zunächst eine Aushilfstätigkeit annehmen wollen.

Das Aushilfsarbeitsverhältnis ist jedoch nicht nur für die Privatwirtschaft, sondern auch für die öffentliche Verwaltung von erheblicher Bedeutung. Der Personalbestand der öffentlichen Verwaltung beruht nämlich auf dem Stellenplan. Bei der Festsetzung des Etats werden die notwendigen Planstellen auf der Grundlage des normalen Arbeitsanfalls festgelegt. Erhöht sich nun der Arbeitsanfall bei einer Verwaltungsbehörde überraschend für einige Zeit über das Maß hinaus, das von den planmäßig beschäftigten Angestellten bewältigt werden kann, so kann sich die betroffene Behörde durch die Einstellung von Aushilfsarbeitnehmern helfen. ³⁾

Ziel der vorliegenden Arbeit ist, die Besonderheiten herauszuarbeiten, durch die sich das Aushilfsarbeitsverhältnis von den sonstigen Arbeitsverhältnissen unterscheidet. Das Arbeitsverhältnis wird heute ganz überwiegend als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis und nicht lediglich als schuldrechtliche Beziehung betrachtet. ⁴⁾ Die Intensität eines solchen Gemeinschaftsverhältnisses hängt auch wesentlich von der Dauer seines Bestehens ab. Es liegt dabei auf der Hand, daß das personenrechtliche Element bei einer vorübergehenden Beziehung, wie es beim Aushilfsarbeitsverhältnis der Fall ist, nicht besonders stark ausgeprägt sein wird. Das

1) wie hier, Walter, S. 48.

2) vgl. die Berichte der Frankfurter Allgemeinen vom 4.10.1962, vom 8.10.1962 und vom 2.4.1963 über Forderungen nach Erleichterungen für Aushilfskräfte auf dem Gebiet der Lohnsteuer und Sozialversicherung, sowie den Bericht vom 16.10.1962 über die Einrichtung von Schnelldiensten zur Ausschöpfung des Arbeitsmarktes.

3) vgl. hierzu Wehner, Der Aushilfsangestellte in der Arbeitsverwaltung, Das Arbeitsamt 1950, Heft 2 S. 27.

4) Hueck bei Hueck-Nipperdey, 3d. I S. 129 und die dort in Anm. 6 gemachten Schrifttums- und Rechtsprechungsnachweise.

Aushilfsarbeitsverhältnis wurde deshalb auch nicht zu Unrecht als die loseste Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezeichnet.¹⁾ Ein großer Teil der nachstehenden Untersuchung wird daher der Feststellung der rechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Aushilfsarbeitsverhältnis gewidmet sein. Von besonderem Interesse sind auch die Fragen des allgemeinen Bestand-schutzes des Arbeitsverhältnisses. Die Tendenz, dem Arbeitnehmer ein grundsätzliches Recht auf Beibehaltung seines Arbeitsplatzes zu gewahren, würde für das Aushilfsarbeitsverhältnis kaum zu sachgerechten Lösungen führen. Außerdem sind die im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Aushilfsarbeitnehmern entstehenden betriebsverfassungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Fragen besonders bedeutsam. Auf eine Erörterung lohnsteuerrechtlicher Fragen - es besteht die Möglichkeit einer pauschalen Besteuerung durch Aufschlag²⁾ - wird dagegen verzichtet, da sie nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, die sich die Untersuchung der spezifisch arbeitsrechtlichen Fragen zum Ziel gesetzt hat.

1) so LAG Hamburg, ARSt 19 Nr. 325.

2) das heißt, daß der Betrieb die Lohnsteuer übernimmt.

1. K A P I T E L

DER BEGRIFF DES AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNISSSES

I. Die gesetzlichen Grundlagen

Der Begriff der Aushilfe findet sich im Gesetz mehrfach¹⁾, jedoch wurde er von Gesetzgeber an keiner Stelle definiert. Es erfolgte lediglich die Regelung einiger Sonderfragen, die entweder die Beendigung von Aushilfsarbeitsverhältnissen betreffen - so die §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88c AllBergG, 19 IV SchwBG - oder die sich mit Fragen der Versicherungsfreiheit von Aushilfsarbeitnehmern befassen - so die §§ 168, 1228 RVO, 4 AVG, 30 RKG. Der Gesetzgeber setzt also den Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses voraus. Dieser muß daher herausgearbeitet werden, um den Anwendungsbereich der angeführten Vorschriften überhaupt festlegen zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, daß diese Vorschriften nicht den allgemeinen Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses beeinflussen wollen, sondern daß sie besondere Voraussetzungen festlegen, bei deren Vorliegen Aushilfsarbeitsverhältnisse anders als die sonstigen Formen des Arbeitsverhältnisses behandelt werden können.

Da eine gesetzliche Definition des Aushilfsarbeitsverhältnisses fehlt, soll im folgenden untersucht werden, welche Begriffsmerkmale sich in Literatur und Rechtsprechung finden. Unter Auswertung der hierbei gewonnenen Erkenntnisse soll dann versucht werden, eine Begriffsbestimmung zu finden, die auf der einen Seite umfassend genug ist, um die vielfältigen Formen des Aushilfsarbeitsverhältnisses zu erfassen, die aber auch auf der anderen Seite die Möglichkeit einer genauen Abgrenzung gegenüber den sonstigen Arbeitsverhältnissen bietet.

II. Der Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses in Literatur und Rechtsprechung

Bei der Durchsicht von Literatur und Rechtsprechung kommt die Feststellung, daß es kaum einmal unternommen wird, eine wirkliche Definition für den Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses zu geben. Meist begnügt man sich mit der Anführung von Beispielen und Umschreibungen, die zwar oft etwas Richtiges enthalten, jedoch selten den Anspruch auf Vollständigkeit erheben können. Dies gilt die Rechtsprechung begriffliche Vorgehensweise - sie sucht in der Regel einen gerade ihrem besonderen Fall entsprechenden Begriff - findet sich auch überwiegend in der Literatur. Immerhin lassen sich jedoch aus Literatur und Rechtsprechung die meisten Merkmale, die in einer Begriffsbestimmung des Aushilfsarbeitsverhältnisses enthalten sein müssen, zusammenstellen.

1) §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG, 19 IV SchwBG, 168 RVO, 1228 RVO, 4 AVG, 30 RKG.

1. Begriffliche Erörterungen in der Literatur

a) Der Begriff Trabandts ¹⁾

Nach Trabandt liegt ein Arbeitsverhältnis zur Aushilfe dann vor, wenn das Arbeitsverhältnis für eine vorübergehende unbestimmte Zeit abgeschlossen wird, z. B. "während der Krankheitsdauer des Herrn X" oder zur "Überprüfung und Neuordnung der Kundenkartei". Zu Recht hat Trabandt das Merkmal "vorübergehend" in seine Definition aufgenommen. Dieses Merkmal findet sich in praktisch allen Begriffsbestimmungen des Aushilfsarbeitsverhältnisses in Literatur und Rechtsprechung. Trabandt kann aber nicht gefolgt werden, wenn er das Aushilfsarbeitsverhältnis nur als Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit gelten lassen will. Er widerlegt sich in dieser Hinsicht auch gleich selbst durch seine eigenen Beispiele, die typische Fälle des zweckbefristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses darstellen. ²⁾ Zum anderen ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum Aushilfsarbeitsverhältnisse nicht wie jedes andere Arbeitsverhältnis für eine bestimmte Zeit, für einen bestimmten Zweck oder auf unbestimmte Zeit eingegangen werden können, je nachdem, ob nach der ganzen Sachlage eine Befristung möglich ist oder nicht. ³⁾

b) Der Begriff Heimeiers ⁴⁾

Nach Heimeier werden Aushilfskräfte nur vorübergehend zur Erreichung eines bestimmten Zwecks beschäftigt, um dem Arbeitgeber in einer Notlage auszuhelfen. Gerade im Gegensatz zu Trabandt will er Aushilfsarbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit oder für einen bestimmten Zweck zulassen, nicht dagegen solche auf unbestimmte Zeit. Daß eine Einschränkung in dieser Richtung nicht richtig sein kann, wurde eben bei der Erörterung des Begriffes von Trabandt dargelegt. Außerdem wird die Auffassung, daß ein Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit nicht möglich ist, durch das Gesetz widerlegt. Die in den §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG vorgesehenen Kündigungs erleichterungen für Aushilfsarbeitsverhältnisse sind überhaupt nur für Aushilfsarbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit sinnvoll, da es lediglich bei ihnen zur Beendigung einer Kündigung bedarf, während die Aushilfsarbeitsverhältnisse auf bestimmte Zeit oder für einen bestimmten Zweck automatisch ihr Ende finden. ⁵⁾ Bereits in der Vorbemerkung wurde die Auffassung

1) BB 1951, 535.

2) Ebenso Endemann, AR-Blattei, Das Aushilfsarbeitsverhältnis.

3) Eine genaue Darstellung dieser Fragen erfolgt im 3. Kapitel; Begründung und Arten des Aushilfsarbeitsverhältnisses. Wie hier die ganze h. M., vgl. u. a. Walter S. 50; Bertin, AR-Kartei, Die aushilfsweise Beschäftigung; Endemann, AR-Blattei, Das Aushilfsarbeitsverhältnis; RAG, ARS 13, 48 ff; ArbG Herne, ARSt 8, 527; ArbG Hamburg AP 50, 21.

4) Betr. 1954, 174.

5. Näheres: 3. u. Kapitel 10; Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses.

vertreten 1), daß der außer von Hermeier auch von Endemann und Schmidt gebrauchte Begriff des "Notstandes" oder der "Notlage" besser in die Definition des Aushilfsarbeitsverhältnisses aufgenommen wird, da er leicht zu dem Mißverständnis Anlaß gibt, daß das Aushilfsarbeitsverhältnis eine Art Ultima ratio darstellen müsse. Im übrigen sollte auch eine mögliche Verwechslung mit dem Begriff des "Notstandsarbeiters" vermieden werden.

c) Die Begriffe Walters, Bertins und Endemanns 2)

Diese Autoren geben keine direkte Definition des Aushilfsarbeitsverhältnisses, sondern sie versuchen, den Begriff durch eine möglichst engende Umschreibung festzulegen, wobei fast alle Merkmale herausgestellt werden, die für die Begriffsbestimmung des Aushilfsarbeitsverhältnisses wesentlich sind. Das Moment des vorübergehenden Bedarfs wird von ihnen ausnahmslos erkannt. Sie versuchen jedoch, dieses Merkmal näher zu kennzeichnen, indem sie auf einige Ursachen eingehen. Dabei lassen sich zwei Ursachengruppen unterscheiden. 3) Das Hilfsbedürfnis kann entweder auf dem vorübergehenden Ausfall ständiger Arbeitskräfte oder auf einem vorübergehend verstärkten Arbeitsanfall, den die vorhandenen ständigen Arbeitskräfte nicht bewältigen können, beruhen. Walter hebt noch besonders hervor, daß sich das Hilfsbedürfnis meist aus besonderen, nicht vorzusehenden Umständen ergibt. Dies ist wohl zu allgemein gesagt, da viele Anlässe zur Einstellung von Aushilfsarbeitnehmern durchaus voraussehbar sind. Es sei in diesem Zusammenhang z.B. nur an die Urlaubszeit, die Saisonschlußverkäufe, den verstärkten Arbeitsanfall vor hohen Festtagen und die Inventur erinnert.

d) Die Begriffe anderer Autoren

Weitere Definitionen finden sich z.B. bei Capodistrias 4), Schmidt 5), Fiege 6), Wildrodt-Götzen 7), Becker 8) und Maus 9), ohne daß sich gegenüber den vorher näher beschriebenen Begriffsbestimmungen weitere Erkenntnisse ergeben. Besonders hingewiesen sei noch auf Tophoven, der im Anschluß an die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. 5. 1957 10) hervorhebt, daß aus den §§ 39 HGB,

1) vgl. S. 1, Fußnote 3 und S. 2, Fußnote 1.

2) Walter, S. 48; Bertin, AR-Kartei, Die aushilfsweise Beschäftigung; Endemann, AR-Blattei, Das Aushilfsarbeitsverhältnis.

3) vgl. S. 1 und die dort angeführten Beispiele.

4) Capodistrias, Die Zeitbestimmung beim Arbeitsverhältnis, S. 27.

5) Betr. 1960, 468.

6) BB 1961, 411.

7) Kommentar zum SchwBG, § 19 Anm. 19.

8) Kommentar zum SchwBG, § 19 Anm. 84.

9) Handbuch des Arbeitsrechts, Teil III, C III 2.

10) AP Nr. 11 Auslegung zu § 1 TVG mit Anm. Tophoven.

133 ac GewO nicht gefolgert werden könne, daß ein Aushilfsarbeitsverhältnis begrifflich ausscheidet, wenn die vereinbarte Vertragsdauer eine bestimmte Zeit überschreitet. Das ist richtig; denn in den angeführten Vorschriften wird nicht das Vorliegen eines Aushilfsarbeitsverhältnisses verneint, wenn eine bestimmte Zeitdauer überschritten wird, sondern es sind dann nur bestimmte kündigungsrechtliche Vorschriften anzuwenden.

2. Der Begriff des Aushilfsarbeitsverhältnisses in der Rechtsprechung

Gegenüber den begrifflichen Erörterungen in der Literatur finden sich in der Rechtsprechung praktisch keine neuen Gesichtspunkte. Man ist sich einig, daß es sich nur um eine vorübergehende Beschäftigung handeln darf. ¹⁾ Sonstige Merkmale werden nur insoweit herausgestellt, als es zur Einordnung des jeweiligen Falles erforderlich ist. Zum Teil werden ebenfalls die möglichen Ursachen des Aushilfsbedarfes hervorgehoben ²⁾ und es wird betont, daß Aushilfsarbeitsverhältnisse sowohl auf bestimmte, als auch auf unbestimmte Zeit eingegangen werden können. ³⁾ Mit Recht wird auch ausgeführt, daß es auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses, sofern es nur vorübergehend ist, nicht ankommt. ⁴⁾ Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Entscheidungen erübrigt sich, da überall nur eines oder mehrere der aufgezählten Merkmale herausgestellt werden.

III. Der Begriff des Aushilfsarbeits- verhältnisses

Bei der bisherigen Erörterung hat sich gezeigt, daß das Moment des vorübergehenden Bedarfs allgemein als ein wesentliches Merkmal des Aushilfsarbeitsverhältnisses angesehen wird. Damit läßt sich jedoch keine eindeutige Abgrenzung gegenüber den Saison- und Kampagnearbeitsverhältnissen erzielen, da auch diese ein

- 1) so u. a. RAG E 3, 272; LAG Hannover, ARS 13, 48 ff; ArbG Husum, ARSt 6, 511; ArbG Herne, ARSt 8, 527; LAG Hamburg, ARSt 13, 458; LAG Düsseldorf, Betr. 1953, 84; BAG in AP Nr. 11 Auslegung zu § 1 TVG; BSG E 14, 57.
- 2) vgl. u. a. LAG Hannover, ARS 13, 48 ff; ArbG Herne, ARSt 8, 527; LAG Düsseldorf, Betr. 1953, 84; BSG E 14, 57.
- 3) RAG, ARS 13, 48 ff; ArbG Hamburg, AP 50 Nr. 21; ArbG Herne, ARSt 8, 527.
- 4) BAG, AP Nr. 11 Auslegung zu § 1 TVG; ArbG Weiden, ARSt 3, 939 (hier handelte es sich um ein Aushilfsarbeitsverhältnis von zweijähriger Dauer); a. A. ArbG Husum, ARSt 6, 511. Nach seiner Ansicht ist ein Aushilfsarbeitsverhältnis nur bei einer Tätigkeit von verhältnismäßig kurzer Dauer, die nur einen Teil der vollen Arbeitskraft in Anspruch nimmt, anzunehmen.

vorübergehendes Moment in sich tragen. Außerdem ist denkbar, daß ein Betrieb ein vorübergehendes Arbeitsverhältnis zur Erledigung einer Spezialaufgabe eingeht, für die er überhaupt keine geeignete Arbeitskraft hat. Auch derartige Arbeitsverhältnisse gehören nicht zu den Aushilfsarbeitsverhältnissen.

Zur besseren Abgrenzung sind daher die möglichen Ursachen für die Entstehung eines Aushilfsbedürfnisses in die zu bildende Begriffsbestimmung einzubeziehen. Ein Aushilfsbedürfnis beruht immer entweder auf einem vorübergehend verstärkten Arbeitsanfall, den die vorhandenen Arbeitskräfte nicht zu bewältigen vermögen oder auf dem vorübergehenden Ausfall ständiger Arbeitnehmer, die für diese Zeit ersetzt werden müssen. Allerdings macht die Unterscheidung zum Saisonarbeitsverhältnis auch jetzt noch Schwierigkeiten, da dieses seine Ursache ebenfalls in einem vorübergehend verstärkten Arbeitsanfall hat. Eine Abgrenzung läßt sich ebensowenig dadurch gewinnen, daß man darauf abstellt, ob der verstärkte Arbeitsanfall zum normalen Betriebsablauf gehört oder nicht. Zwar liegt die Saisonarbeit stets im Rahmen des normalen Betriebsablaufes; jedoch kann dies auch bei der Aushilfsarbeit durchaus der Fall sein. 1) Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal ist m. E. darin zu finden, ob der verstärkte Arbeitsanfall den Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit bildet. 2)

Bei der Untersuchung von Literatur und Rechtsprechung wurde bereits gezeigt, daß eine bestimmte Zeitdauer nicht begriffsnotwendig zum Aushilfsarbeitsverhältnis gehört. Ebenso ist nicht entscheidend, ob es befristet oder unbefristet abgeschlossen wird. Diese Merkmale sind daher in die zu bildende Definition nicht aufzunehmen.

Unter Berücksichtigung dieser Erkenntnisse soll der nachfolgenden Untersuchung folgende Begriffsbestimmung des Aushilfsarbeitsverhältnisses zugrundegelegt werden:

Ein Aushilfsarbeitsverhältnis liegt dann vor, wenn ein Arbeitnehmer zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs an Arbeitsleistung eingestellt wird und dieser Bedarf dadurch entstanden ist, daß ein vorübergehend verstärkter Arbeitsanfall, der nicht den Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit bildet, mit den vorhandenen Arbeitskräften nicht bewältigt werden kann, oder daß die Lücke, die ein vorübergehend ausgefallener Arbeitnehmer hinterläßt, bis zu dessen Rückkehr ausgefüllt werden soll.

1) Zu denken ist etwa an Schluß-, Weihnachts- und Osterverkäufe, sowie die Inventur.

2) Zur Abgrenzung von Saison- und Aushilfsarbeitsverhältnis s. u. S.13.

2. K A P I T E L :

DIE ABGRENZUNG DES AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNISS VON ANDEREN ARBEITSVERHÄLTNISSEN

1. Aushilfsarbeitsverhältnis - Dauerarbeitsverhältnis

Unter Dauerarbeitsverhältnis soll hier das Arbeitsverhältnis verstanden werden, das mit den ständig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern besteht. Diese Arbeitskräfte sollen dem Betrieb auf Dauer zur Verfügung stehen, um die gewöhnliche Leistungsbereitschaft und den normalen Arbeitsablauf sicherzustellen. Sie dienen also dem ständigen Bedarf eines Betriebes. Demgegenüber hat das Aushilfsarbeitsverhältnis seine Ursache stets in irgendwelchen außerordentlichen Umständen des betrieblichen Lebens. Es dient keinem ständigen, sondern nur einem vorübergehenden Bedarf. Dieser Wesenszug bedingt es, daß die Vertragsparteien beim Aushilfsarbeitsverhältnis bereits bei Vertragsschluß das baldige Ende des Arbeitsverhältnisses vor Augen haben, während beim Dauerarbeitsverhältnis zunächst gar nicht an das Ende gedacht wird. Selbstverständlich schließt dies nicht aus, daß ein Aushilfsarbeitsverhältnis auch einmal längere Zeit dauern kann als ein Dauerarbeitsverhältnis, jedoch wird dies stets daran liegen, daß das Dauerarbeitsverhältnis ein unvorhergesehenes Ende findet.

Wenn allerdings Ereignisse, die zunächst als vorübergehend angesehen wurden, zu strukturellen Änderungen führen - z.B. der als einmalig angesehene vermehrte Auftragseingang wird zur Dauererscheinung - so gehört ihre Bewältigung zu den normalen Betriebsaufgaben. Da kein vorübergehender, sondern ein ständiger Bedarf vorliegt, so sind zur Erfüllung dieser Aufgaben ständige Arbeitnehmer einzustellen.

Ebenso ist die ständige Beschäftigung einer Arbeitskraft, die stets dort im Betrieb eingesetzt wird, wo gerade ein besonderer Personalbedarf besteht, den Dauerarbeitsverhältnissen zuzurechnen. ¹⁾ In bezug auf die einzelnen Betriebsabteilungen liegt zwar jeweils nur ein vorübergehender Bedarf vor; betrachtet man jedoch das Betriebsganze, so ist ein dauernder Bedarf zur Erfüllung derartiger Aufgaben gegeben.

Anders liegt es dagegen dort, wo sogenannte Stammaushilfskräfte beschäftigt werden. Nicht selten greifen Betriebe, wenn ein Aushilfsbedürfnis besteht, stets auf dieselben Arbeitskräfte zurück, da diese bereits mit dem Betrieb und der in Frage kommenden Tätigkeit vertraut sind. Auch wenn diese Personen Jahre hindurch immer wieder herangezogen werden, so ändert dies nichts an dem Wesen ihrer Beschäftigung als Aushilfsstatistik ²⁾, sofern nur die Voraussetzung eines vorüber-

1) vgl. Tophoven in Anm. zu ArbG Darmstadt, AP 51 Nr. 68.

2) vgl. LAG Berlin, ARS 36, 71; LAG Düsseldorf, Betr. 1953, 84.

gehenden Personalbedarfs vorliegt. Nur wenn eine solche Tätigkeit mit Ausnahme unerheblicher Unterbrechungen ständig fortgesetzt wird, ist ein Dauerarbeitsverhältnis anzunehmen.

Abschließend sei noch kurz auf die Frage eingegangen, wie sogenannte Wochenendbeschäftigungen rechtlich zu qualifizieren sind. Zu denken ist hier vor allem an Verkäuferinnen, die nur freitags und samstags eingesetzt werden, um dem verstärkten Käuferstrom an den Wochenenden gewachsen zu sein. 1) Da es sich um einen ständigen Personalbedarf zu den Wochenenden handelt, sind diese Arbeitsverhältnisse m. E. zu den Dauerarbeitsverhältnissen zu rechnen. Sie dienen der Durchführung der normalen Betriebsaufgaben und die notwendigen Arbeitskräfte müssen ständig, Woche für Woche, zur Verfügung stehen.

2. Aushilfsarbeitsverhältnis - Probearbeitsverhältnis

Diese Abgrenzung ist von nicht unerheblicher praktischer Bedeutung, da öfters versucht wird, ein Probearbeitsverhältnis als Aushilfsarbeitsverhältnis auszugehen, um auf diese Weise in den Genuß der kurzen Kündigungsfristen für Aushilfsarbeitsverhältnisse gem. §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG zu kommen. Das Probearbeitsverhältnis soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, festzustellen, ob ein neu einzustellender Arbeitnehmer die erforderlichen fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für einen bestimmten Arbeitsplatz besitzt. Andererseits soll auch der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten, sich mit dem Arbeitsplatz und den betrieblichen Verhältnissen vertraut zu machen, bevor er sich endgültig für die Annahme eines Dauerarbeitsverhältnisses entscheidet. Meist ist daher die Lösung des Probearbeitsverhältnisses gegenüber einem Dauerarbeitsverhältnis erleichtert.

Sowohl Probe- als auch Aushilfsarbeitsverhältnis sind durch eine gewisse Unbeständigkeit oder Unsicherheit der rechtlichen Bindung gekennzeichnet. 2) Durch das Probearbeitsverhältnis soll jedoch nicht wie beim Aushilfsarbeitsverhältnis ein vorübergehendes Bedürfnis befriedigt werden, sondern es soll ein Arbeitnehmer erprobt werden, der einmal zur Bewältigung des ständigen Arbeitsanfalls benötigt wird. Dem Probearbeitsverhältnis haftet also für die Dauer der Probezeit etwas Vorläufiges an, jedoch wird es von vornherein mit der Absicht zur Fortsetzung geschlossen. 3) Genau umgekehrt liegt es dagegen beim Aushilfsarbeitsverhältnis. Es wird von Anfang an

1) Solche Arbeitsverhältnisse sind als auf unbestimmte Zeit geschlossen anzusehen und nicht als befristete Arbeitsverhältnisse, die jede Woche stillschweigend erneuert werden. So Hueck in Anm. zu RAG, ARS 6, 208 ff; LAG Berlin, ARS 17, 95 ff; a. A. RAG, ARS 6, 208.

2) LAG Mannheim, AP 54 Nr. 125.

3) Nikisch, Bd. I, 678.

die baldige Beendigung ins Auge gefaßt und nicht an eine Fortsetzung gedacht. Dies schließt natürlich nicht aus, daß einer besonders tüchtigen Aushilfskraft die Eingehung eines Dauerarbeitsverhältnisses angeboten wird; jedoch besteht der Zweck der Aushilfe nicht hierin. Der Unterschied zwischen Probe- und Aushilfsarbeitsverhältnis wurde auch schon dahingehend charakterisiert, daß man beim Probearbeitsverhältnis die Fähigkeiten eines Gehilfen erproben will, während beim Aushilfsarbeitsverhältnis ein fähiger Gehilfe angestellt werden soll, weil man vorübergehend Hilfe braucht. ¹⁾

Probe- und Aushilfsarbeitsverhältnis schließen sich also in aller Regel aus. Entweder wird ein ständiges Arbeitsverhältnis angestrebt und der Arbeitnehmer zu diesem Zweck erprobt, oder es soll nur ein vorübergehendes Arbeitsbedürfnis befriedigt werden. Wegen dieser Wesensverschiedenheit ist es allgemeine Meinung, daß auf das Probearbeitsverhältnis die allgemeinen kündigungsrechtlichen Vorschriften anzuwenden sind und nicht die für Aushilfsarbeitsverhältnisse geltenden Sondervorschriften. ²⁾

Ausnahmsweise ist es allerdings möglich, einen Arbeitnehmer gleichzeitig zur Probe und zur Aushilfe anzustellen. Dieser Fall ist etwa denkbar, wenn ein ständiger Arbeitnehmer schwer erkrankt ist und es sich demnächst entscheiden wird, ob er überhaupt jemals wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Hier ist es durchaus sachgerecht, zur Vertretung des erkrankten Arbeitnehmers eine Aushilfskraft einzustellen und diese gleichzeitig in einem Probearbeitsverhältnis auf ihre fachlichen Fähigkeiten für den Fall zu überprüfen, daß der ständige Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht mehr einnehmen kann. Da hier nicht nur ein Probe-, sondern auch ein Aushilfsarbeitsverhältnis besteht, können die für das Aushilfsarbeitsverhältnis geltenden Sondervorschriften angewandt werden.

Auch in der Rechtsprechung finden sich Fälle, in denen gleichzeitig ein Probe- und ein Aushilfsarbeitsverhältnis vorlag. So hatte das Bundesarbeitsgericht einen Fall zu entscheiden ³⁾, in dem ein Jurist als Aushilfskraft für einen suspendierten Ministerialrat eingestellt worden war. Gleichzeitig wurde noch ein Probearbeitsverhältnis vereinbart, wegen einer eventuellen Weiterverwendung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis. Die gleichzeitige Anstellung zur Probe und zur Aushilfe war sachlich gerechtfertigt. Die Aushilfsbeschäftigung diente der Wahrnehmung der

1) Staub-Bondi, Kommentar zum HGB, § 69 Anm. 1.

2) vgl. u. a. Molitor, Die Kündigung, S. 172; Hueck bei Hueck-Nipperdey I, S. 540; Nikisch I, S. 679; Siebert, BB 1950, 945; Endemann, AR-Blattei, Probearbeitsverhältnis; Walter, S. 18; RAG, ARS 9, 542; 31, 177; BAG, AP Nr. 1 zu § 67 HGB; LAG Düsseldorf, AP 53 Nr. 168.

3) Betr. 1962, 773 f.

Aufgaben eines ausgestellten Arbeitnehmers, so das nicht behauptet werden konnte, er sei nur beabsichtigt gewesen, die für Aushilfsarbeitsverhältnisse geltenden Sondervorschriften auf Probearbeitsverhältnisse zu erstrecken.

Auch im Fall der Neueroöffnung einer Gewerstätte ist es denkbar, das gleichzeitig Probe- und Aushilfsarbeitsverhältnisse abgeschlossen werden. Da während der ersten Wochen meist ein verstärkter Andrang von Käufern und Neugierigen herrscht, besteht zunächst ein vorübergehender Personalbedarf, zu dem eine Meldung Aushilfsarbeitnehmer eingestellt werden können. Man läßt sich jedoch nicht von Anfang an den genauen Personalbedarf ermitteln. Daher können gleichzeitig Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe abgeschlossen werden. Allerdings ist mit den Arbeitskräften, die aller Voraussicht nach auf Dauer benötigt werden, die Vereinbarung eines Aushilfsarbeitsverhältnisses nicht möglich, da es an dem Merkmal des vorübergehenden Bedarfes fehlt.

3. Aushilfsarbeitsverhältnis - Arbeitsverhältnis in Saison- und Kampagnebetrieben

Unter Saisonbetrieben sind solche Betriebe zu verstehen, "die regelmäßig in einer bestimmten Jahreszeit verstärkt arbeiten, sei es, daß sie vom Wetter abhängig sind, insbesondere im Winter Einschränkungen vornehmen oder die Arbeit ganz aussetzen müssen, sei es, daß der Absatz an bestimmte Gelegenheiten gebunden ist, sei es, daß das Schwanken der Beschäftigung auf sonstige Gründe zurückzuführen ist, sofern es nur regelmäßig in einer bestimmten Jahreszeit wiederkehrt". 2)

Unter Kampagnebetrieben werden dagegen solche Betriebe verstanden, die regelmäßig überhaupt nur für einige Monate im Jahr beschäftigt sind. 3)

Das Aushilfsarbeitsverhältnis und die Arbeitsverhältnisse in Saison- und Kampagnebetrieben haben gemeinsam, daß sie alle drei nur vorübergehender Natur sind. Mit dem Ende des Aushilfsbedürfnisses, mit dem Ablauf der Saison oder Kampagne sollen sie ihr Ende finden. Der Unterschied des Aushilfsarbeitsverhältnisses zum Arbeits-

1) RAG, ARS 5, 344.

2) Hueck bei Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 20 Anm. 66. Als Beispiele kommen in Frage: Ziergehege (RAG, ARS 13, 21); Kiesgruben (RAG, ARS 18, 129); gastronomische Betriebe an beliebten Sommer- oder Winterurlaubsorten, die während des übrigen Jahres nur wenig Besuch haben.

3) Hueck bei Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 20 Anm. 66. Die Beschränkung auf Betriebe, die nicht mehr als 3 Monate im Jahr arbeiten (vgl. § 20 AOG), besteht heute nicht mehr. Beispielsfälle für Kampagnebetriebe sind die Obst- und Gemüsekonserverindustrie, Sauerkraut- und Zuckerfabriken, sowie Hotels, die nur einige Monate im Jahr geöffnet haben.

verhältnis in Kampagnebetrieben liegt darin, daß letzteres für die Dauer der jährlichen Laufzeit des Betriebes besteht, während vorher und nachher die Betriebstätigkeit ruht. Das Arbeitsverhältnis in Kampagnebetrieben steht insofern dem Dauerarbeitsverhältnis näher als dem Aushilfsarbeitsverhältnis, das nicht an die Laufzeit des Betriebes anknüpft, sondern an einen besonderen Personalbedarf, der sich während dieser Laufzeit vorübergehend ergibt.

Schwieriger ist dagegen die Abgrenzung zum Saisonarbeitsverhältnis, was bereits bei der Bildung der Definition des Aushilfsarbeitsverhältnisses zu entsprechenden Überlegungen führte.¹⁾ Sowohl Saison- als auch Aushilfsarbeitsverhältnis können nämlich ihre Ursache in einem vorübergehenden verstärkten Arbeitsanfall haben, der mit den vorhandenen Arbeitskräften nicht bewältigt werden kann.²⁾ Nicht nur die Saison kehrt regelmäßig in einer bestimmten Jahreszeit wieder, sondern auch ein Aushilfsbedürfnis kann durchaus regelmäßig zu bestimmten Jahreszeiten auftreten,³⁾ ohne daß die davon betroffenen Betriebe demnach zu Saisonbetrieben würden. Das Abgrenzungskriterium ist m.E. darin zu sehen, ob der vorübergehende verstärkte Arbeitsanfall den Schwerpunkt der Betriebstätigkeit bildet oder nicht. Bei Saisonbetrieben liegt während der Saison der Schwerpunkt der betrieblichen Betätigung, während in der übrigen Jahreszeit nur noch in geringem Umfang zum Gesamtjahresumsatz beigetragen wird. Anders ist es dagegen bei den Aushilfsarbeitsverhältnissen, die wegen des regelmäßig verstärkten Arbeitsanfalls zu bestimmten Jahreszeiten eingegangen werden, wie etwa für die Dauer der Saisonschlußverkäufe oder des Weihnachtsverkaufes. Diese Ereignisse bilden nicht den Schwerpunkt, sondern nur einen Höhepunkt der Betriebstätigkeit. Sicherlich ist die Umsatzstätigkeit während dieser Zeiten erhöht, jedoch erreicht sie keine derartige Bedeutung, daß man sagen könnte, die Umsätze während der übrigen Zeit des Jahres seien demgegenüber von geringer Bedeutung. Damit handelt es sich aber bei Arbeitsverhältnissen während dieser Zeiten um Aushilfs- und nicht um Saisonarbeitsverhältnisse.

4. Aushilfsarbeitsverhältnis - nichtständiges Arbeitsverhältnis

Der Begriff des nicht ständig beschäftigten Arbeitnehmers findet sich in § 20 Abs. I BetrVG. Er ist weiter als der Begriff des Aushilfsarbeitnehmers. Zwar gehören die Aushilfsarbeitnehmer zu den nicht ständigen Arbeitnehmern im Sinne des § 20 Abs. I BetrVG, jedoch gehören hierzu beispielsweise ebenfalls die für die Dauer der Saison angestellten Arbeitnehmer.

1) vgl. S. 8.

2) Bei Saisonarbeitsverhältnissen ist dies stets die Ursache. Für ein Aushilfsarbeitsverhältnis gibt es dagegen zahlreiche andere Ursachen.

3) Es sei hier vor allem an die Saisonschlußverkäufe und das Weihnachtsgeschäft gedacht.

4) vgl. die Begriffsbestimmung auf Seite 8.

Ohne Bedeutung ist dagegen heute eine Abgrenzung zwischen nichtständigen Angestellten und Aushilfsangestellten, wie sie vom Reichsarbeitsgericht ¹⁾ in Auslegung eines Tarifvertrages getroffen wurde. Nichtständige Angestellte waren danach solche Angestellte, mit denen zwar noch kein Vertrag abgeschlossen war, bei denen aber auch nicht die Absicht bestand, ihnen in absehbarer Zeit zu kündigen.

5. Aushilfsarbeitsverhältnis - Nebenbeschäftigung

Eine Nebenbeschäftigung liegt dann vor, wenn ein Arbeitnehmer neben seiner gewöhnlichen Tätigkeit noch einer Beschäftigung nachgeht, die mit Rücksicht auf den Aufwand an Zeit und Kraft sowie das erhaltene Entgelt nur von nebensächlicher wirtschaftlicher Bedeutung für ihn ist. ²⁾ Im Gegensatz dazu nimmt das Aushilfsarbeitsverhältnis für gewöhnlich die Arbeitskraft und Zeit des Arbeitnehmers überwiegend in Anspruch und stellt für die Dauer seines Bestehens meist die hauptsächliche wirtschaftliche Betätigung dar. Selbstverständlich ist denkbar, daß ein Aushilfsarbeitnehmer noch zusätzlich eine Nebenbeschäftigung ausübt oder auch, daß eine Nebenbeschäftigung überhaupt nur aushilfsweise übernommen wird. Das für das Aushilfsarbeitsverhältnis typische Moment der vorübergehenden Zeitdauer gehört aber nicht zum Begriff der Nebenbeschäftigung. Eine Nebenbeschäftigung kann sich also über viele Jahre erstrecken, was beim Aushilfsarbeitsverhältnis kaum möglich ist, da in diesem Fall in aller Regel die Voraussetzungen für den Abschluß eines Dauerarbeitsverhältnisses gegeben wären.

Der sozialversicherungsrechtliche Begriff der Nebenbeschäftigung deckt sich nicht mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Begriff der Nebenbeschäftigung. Im Sozialversicherungsrecht wird das Aushilfsarbeitsverhältnis nämlich als Unterfall der Nebenbeschäftigung behandelt. ³⁾

6. Aushilfsarbeit - Hilfsarbeit

Der Vollständigkeit halber seien auch noch die Begriffe der Aushilfs- und der Hilfsarbeit einander gegenübergestellt. Während zum Begriff der Aushilfsarbeit stets das Merkmal der vorübergehenden Beschäftigung gehört, weist der Begriff der Hilfsarbeit auf ein geringes Maß von Verantwortung und Leistung hin ⁴⁾, vor allem auf die Ausführung untergeordneter Tätigkeiten, die in der Regel rein mechanisch verrichtet werden können. Ein Aushilfsarbeitnehmer kann dagegen durchaus zur Leistung höhe-

1) RAG, ARS 36, 137.

2) vgl. Figge, BB 1961, 411.

3) vgl. §§ 1228 Abs. II a RVO, 4 II a AVG.

4) vgl. RAG, ARS 42, 222.

rer Dienste eingestellt sein. ¹⁾ Natürlich ist es auch möglich, jemanden aushilfsweise mit Hilfsarbeiten zu beschäftigen. Es handelt sich dann um die vorübergehende Beschäftigung eines Arbeitnehmers mit untergeordneten Tätigkeiten.

3. K A P I T E L :

BEGRÜNDUNG UND ARTEN DES AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNISSES

I. Die Begründung des Aushilfsarbeitsverhältnisses

Das Aushilfsarbeitsverhältnis wird in derselben Weise begründet wie alle anderen Arbeitsverhältnisse auch, wobei auf den Streit zwischen der herrschenden Vertragstheorie ²⁾ und der Eingliederungstheorie ³⁾ nicht eingegangen zu werden braucht, da eine nähere Erörterung dieser Fragen nicht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung liegt. Dies rechtfertigt sich deshalb um so mehr, als die Vertreter beider Theorien bei der Entscheidung praktischer Einzelfragen heute weitgehend zu denselben Ergebnissen kommen und ihren Streit zum Teil selbst als überlebt ansehen. ⁴⁾ Abweichend von der Begründung des ständigen Arbeitsverhältnisses sind für das wirkliche Zustandekommen eines Aushilfsarbeitsverhältnisses jedoch zwei Umstände besonders zu beachten: Es muß ein Aushilfsbedürfnis vorliegen und die Tatsache, daß nur ein Aushilfsarbeitsverhältnis gewollt ist, muß Inhalt des Arbeitsvertrages werden.

1. Das Aushilfsbedürfnis

Ein Aushilfsbedürfnis liegt stets dann vor, wenn ein vorübergehender Personalbedarf im Sinne unserer obigen Definition besteht. ⁵⁾ Wo dies nicht der Fall ist, stellt die Vereinbarung eines Aushilfsarbeitsverhältnisses eine Gesetzesumgehung dar, durch die dem Arbeitnehmer ein Teil des ihm zustehenden gesetzlichen Schutzes genommen wird. Ein solchermaßen begründetes Arbeitsverhältnis muß als Dauerarbeitsverhältnis behandelt werden, da der Arbeitgeber nicht auf diese Weise einen Teil seines allgemeinen Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer abwälzen kann. Sehr bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob von einer

1) Es sei an den Fall der aushilfsweisen Beschäftigung eines Juristen erinnert, oben S. 11. Vgl. BAG, Betr. 1962, 773.

2) vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 115 ff mit zahlreichen Nachweisen und ausführlicher Darstellung des Streitstandes.

3) Hauptvertreter ist Nikisch. Vgl. Nikisch I, S. 174 ff.

4) So Nikisch im Vorwort zur 3. Auflage des 1. Bandes seines Lehrbuchs.

5) Vgl. oben S. 8.

Gesetzesumgehung nur dann gesprochen werden kann, wenn der Arbeitgeber die Ansicht hat, durch Vereinbarung eines Aushilfsarbeitsverhältnisses, obwohl kein Bedürfnis dafür vorliegt, zwingende gesetzliche Vorschriften zu umgehen oder ob bereits die objektive Umgehung genügt, der Arbeitgeber also in der Überzeugung handelt, daß ein Aushilfsbedürfnis vorliegt, was in Wirklichkeit nicht der Fall ist.

Zur Verdeutlichung seien zwei Beispiele angeführt. Es laßt sich etwa denken, daß anfallende Mehrarbeit zunächst zu Recht als nur vorübergehend angesehen werden dürfte, während sich im Lauf der Zeit herausstellt, daß die übermäßigen Anforderungen tatsächlich auf die Dauer gewachsen sind. Ein weiteres Beispiel gibt Hueck¹⁾ Den Fall der Einstellung einer Aushilfskraft für einen erkrankten Arbeitnehmer, wenn zum Zeitpunkt der Einstellung durch ärztliches Urteil bereits festgestellt werden könnte, daß eine Gesundung nicht mehr möglich ist, der Arbeitgeber aber damit rechnet oder wenn der Erkrankte bereits verstorben ist, der Arbeitgeber aber noch nichts davon weiß.

In beiden Fällen liegt ein ständiger Bedarf vor; der Arbeitgeber könnte jedoch auf Grund der gesamten Sachlage zunächst zu Recht annehmen, daß nur ein Aushilfsbedürfnis besteht. Können die in diesen Fällen abgeschlossenen Aushilfsarbeitsverhältnisse auch als solche behandelt werden, obwohl objektiv kein Aushilfsbedürfnis vorliegt oder müssen sie als Dauerarbeitsverhältnisse gelten?

Ein objektives Aushilfsbedürfnis verlangen u. a. Düringer-Hachenburg, Maus, das Reichsarbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht Hamburg.²⁾ Das Reichsarbeitsgericht schrankte seine Auffassung allerdings dadurch ein, daß es einen gewissen Spielraum gewahren will, wenn bei der Einstellung eine Ungewißheit vorliegt. Inwieweit nähert sich seine Auffassung stark der Gegenansicht, die darauf abstellt, ob mit einem Aushilfsbedürfnis gerechnet wurde³⁾ oder ob ein Aushilfsbedürfnis angenommen wird.⁴⁾ Auch Staudinger-Nipperdey-Neumann sind der zweiten Ansicht zuzurechnen, wenn sie verlangen, daß die Aushilfe tatsächlich gewollt sein muß.⁵⁾ Tatsächlich gewollt ist die Aushilfe nämlich auch dann, wenn kein Aushilfsbedürfnis vorliegt, der Arbeitgeber aber ein solches annimmt.

Dieser zweiten Auffassung ist der Vorzug zu geben. Wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf Grund der ganzen Sachlage darüber einig sind, daß zwischen ihnen nur ein Aushilfsarbeitsverhältnis bestehen soll, ohne daß von einer Seite die Absicht

1) Anm. zu RAG, ARS 5, 344.

2) Düringer-Hachenburg, Das HGB, § 69 Anm. 2; Maus III C, III 2; RAG, ARS 5, 344; LAG Hamburg, ARSt 13, 458.

3) wie Fußnote 1 oben.

4) Bertin, AR-Kartei, Die aushilfsweise Beschäftigung.

5) Vorbem. 86 vor § 620 BGB.

nesteht, gesetzliche Vorschriften zu umgehen, so ist nicht einzusehen, warum ihnen eine Form des Arbeitsverhältnisses aufgezwungen werden soll, an die keiner der Vertragspartner dachte und die vielleicht auch keiner von beiden wollte. Es ist auch zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes möglicherweise einen anderen Arbeitnehmer eingestellt hätte, da an eine Arbeitskraft, die man auf Dauer behalten möchte, andere Maßstäbe angelegt werden als an einen Aushilfsarbeitnehmer. Vereinhart ein Arbeitgeber daher auf Grund der gesamten Sachlage im Vertrauen auf das Vorliegen eines Aushilfsbedürfnisses ein Aushilfsarbeitsverhältnis, so muß ihm die Möglichkeit gegeben werden, den auf diese Weise Eingestellten wie einen Aushilfsarbeitnehmer zu behandeln.

Wußte der Arbeitgeber dagegen, daß kein Aushilfsbedürfnis vorliegt, dann kommt kein Aushilfsarbeitsverhältnis zustande, auch wenn es im Arbeitsvertrag als solches bezeichnet ist. Wer allerdings den übereinstimmenden im Vertrag manifestierten Willen nicht gelten lassen will, der muß die Umstände darlegen, die beweisen sollten, daß die Voraussetzungen der Aushilfsbeschäftigung nicht vorlagen.¹ Das rechtfertigt sich daraus, daß der Abschluß eines bestimmten Vertrages durch die Parteien die Vermutung nahelegt, daß sie sich beim Vertragsschluß über das Vorliegen der Voraussetzungen des betreffenden Vertrages einig waren. Derjenige Vertragsteil, der später behauptet, daß die für den geschlossenen Vertrag erforderlichen Voraussetzungen fehlen, trägt dafür die Beweislast. In praxi wird dies fast stets der Arbeitnehmer sein, da der Arbeitgeber in aller Regel keinen Anlaß hat, das Bestehen des für ihn meist vorteilhafteren Aushilfsarbeitsverhältnisses in Frage zu stellen.

2. Die Gestaltung des Vertragsinhaltes

Trotz Vorliegens eines Aushilfsbedürfnisses kommt kein Aushilfsarbeitsverhältnis zustande, wenn dieser Umstand dem Arbeitnehmer gegenüber nicht deutlich erklärt und zum Vertragsinhalt gemacht wurde. Ein innerer Vorbehalt oder lediglich gesprächsweise gemachte Bemerkungen, die nicht Vertragsinhalt wurden, sind rechtlich unerheblich.² Für den Arbeitnehmer muß vielmehr erkennbar sein, daß er nur zur Aushilfe angestellt wird.³ Dazu ist nicht erforderlich, daß der Arbeitsvertrag direkt die Worte "zur Aushilfe" enthält, aber er muß doch begriffsmerkmale beinhalten, die in eindeutiger Weise erkennen lassen, daß nur eine Aushilfsbeschäftigung gewollt ist.⁴ Dem Arbeitnehmer kann nämlich nur dann zugemutet wer-

1) vgl. RAG, RAG E 1, 254 und ARS 5, 344; Düringer-Hachenburg, a. a. O. § 69 Anm. 2.

2) Walter, a. a. O. S. 53.

3) Heimeier, Betr. 1954, 174 ff; ArbG Pforzheim, ARSt 2, 641.

4) z. B.: "Sie werden wegen Personalschwierigkeiten über die Urlaubszeit, vom 1. - 31. 8. in unserer Buchhaltung beschäftigt."

den, die Nachteile, die für ihn ein Aushilfsarbeitsverhältnis mit sich bringt, zu tragen, wenn er sich von vornherein, auf Grund der Vereinbarungen bei Vertragsschluß, über die vorübergehende Natur des Arbeitsverhältnisses im klaren sein konnte. Versäumte der Arbeitgeber bei Vertragsschluß, die Art des Arbeitsverhältnisses zweifelsfrei zu bestimmen, so kann der Arbeitnehmer zu Recht annehmen, daß ein normales Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zustande gekommen ist. ¹⁾ Wird unter den Parteien streitig, ob zwischen ihnen ein Aushilfsarbeitsverhältnis oder eine andere Form des Arbeitsverhältnisses besteht, dann hat derjenige die Beweislast zu tragen, welcher das Vorliegen des Aushilfsarbeitsverhältnisses behauptet, da dieses eine Ausnahme gegenüber dem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit darstellt. In der Praxis wird sich regelmäßig der Arbeitgeber auf das Vorliegen des für ihn vorteilhafteren Aushilfsarbeitsverhältnisses berufen, so daß dann auch ihn die Beweislast hierfür trifft. Er handelt daher im eigenen Interesse, wenn er beim Vertragsschluß auf eine genaue und andere Kennzeichnung des Arbeitsverhältnisses als Aushilfsarbeitsverhältnis achtet. Andernfalls besteht die Gefahr, daß das Arbeitsverhältnis später zu einer Quelle für Streitigkeiten wird.

II. Die Arten des Aushilfsarbeitsverhältnisses

Bereits bei der Bestimmung des Begriffs des Aushilfsarbeitsverhältnisses wurde festgestellt, daß es nicht begriffsnotwendig an irgendeine bestimmte Gestaltung des Arbeitsvertrages in bezug auf Zeitdauer und Beendigung gebunden ist. Eine dahingehende Beschränkung, daß Aushilfsarbeitsverhältnisse nur befristet oder nur auf unbestimmte Zeit geschlossen werden können, besteht nicht. Vielmehr kommen auch für das Aushilfsarbeitsverhältnis alle in § 620 BGB für Dienstverträge vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten in Frage. Es gibt also Aushilfsarbeitsverhältnisse, die zeitlich befristet sind, es gibt solche, die durch ihren Zweck begrenzt werden und schließlich gibt es solche, die für eine vorübergehende unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. ²⁾

1. Das befristete Aushilfsarbeitsverhältnis

a) Allgemeines

Die in § 620 BGB ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit zum Abschluß von Zeitverträgen wurde vor allem durch die Rechtsprechung stark eingeschränkt. ³⁾ Zwar wird

1) ArbG Pforzheim, ARSt 2, 641.

2) ebenso Waite, a. a. O., S. 50; Bertin, AR-Kartei, Die aushilfsweise Beschäftigung, Endemann, AR-Blattei, Das Aushilfsarbeitsverhältnis; Capodistrias, S. 5; Maus, Handbuch des Arbeitsrechtes, Teil III, C III 2; RAG, ARS 13, 48; ArbG Herne, ARSt 8, 527; ArbG Hamburg, AP 50, 21.

3) vgl. vor allem die Entscheidungen des BAG, AP Nr. 16, 22 u. 23 zu § 620 BGB, Befristeter Arbeitsvertrag.

die grundsätzliche Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge nicht in Frage gestellt, jedoch werden ihr verhältnismäßig enge Grenzen gezogen. Über die Grundsätze, nach denen die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse zu beurteilen ist, besteht aber keine Einigkeit. ¹⁾ Immerhin ist allgemein anerkannt, daß eine Befristung dann zulässig ist, wenn vernünftige sachliche Gründe sie rechtfertigen. ²⁾ Solche vernünftige sachliche Gründe liegen stets vor, wo ein Aushilfsbedürfnis für einen genau feststehenden Zeitraum oder für einen bestimmten Zweck besteht. Durch die Vereinbarung eines befristeten Arbeitsverhältnisses liegt in diesen Fällen weder eine Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber vor noch erfolgt eine Umgehung zwingender Schutzvorschriften, so daß seine Zulässigkeit außer Zweifel steht.

b) Das Aushilfsarbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit

Schon bei Abschluß eines Aushilfsarbeitsverhältnisses kann ein bestimmter Zeitpunkt datumsmäßig feststehen, an dem es enden soll (vgl. § 620 Abs. I BGB). Eine Befristung kann dann dadurch erfolgen, daß der Endigungszeitpunkt im Arbeitsvertrag ausdrücklich genannt wird. ³⁾ Seine ausdrückliche Nennung ist jedoch nicht notwendig, wenn er sich trotzdem von Anfang an genau ermitteln läßt. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Aushilfsarbeitsverhältnis für eine bestimmte Zahl von Tagen, Wochen oder Monaten, bis zum Jahres- oder Quartalsende eingegangen wird. Denn auch hier steht bereits bei Abschluß des Arbeitsvertrages datumsmäßig fest, bis wann das Arbeitsverhältnis dauern soll.

Der Kreis der hierher gehörigen Aushilfsarbeitsverhältnisse ist aber noch etwas weiter zu ziehen. Er umfaßt auch diejenigen Aushilfsarbeitsverhältnisse, bei denen der Endigungszeitpunkt zwar nicht unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag zu entnehmen ist, jedoch die im Vertrag genannten Umstände seine genaue Bestimmung von Anfang an zulassen. Dazu gehören z. B. die Aushilfsbeschäftigung für die Dauer der Saisonschlußverkäufe, deren Endtermin behördlich festgesetzt wird. Ähnlich liegt

1) Das Bundesarbeitsgericht versucht das Problem durch die Anwendung des Begriffs der Gesetzesumgehung zu lösen, wobei die objektive Umgehung ausreicht (vgl. BAG, AP Nr. 16 zu § 620 BGB, Befr. Arbeitsvertrag). Hueck stellt dagegen auf die Verletzung der Fürsorgepflicht ab (vgl. Anm. zu AP Nr. 17 zu § 620 BGB, Befr. Arbeitsvertrag). Nach Nikisch kommt es darauf an, ob es der Arbeitgeber auf eine Umgehung der zwingenden Schutzvorschriften abgesehen hat (vgl. Nikisch I, 671).

2) BAG, AP Nr. 16 zu § 620 BGB, Befr. Arbeitsvertrag; Hueck bei Hueck-Nipperdey I, 538; Nikisch I, 671.

3) z. B. "Wegen Personalmangels über die Urlaubszeit werden sie bis zum 31. August zur Aushilfe eingestellt."

es bei Aushilfsarbeitsverhältnissen während des Weihnachts- oder Ostergeschäftes¹⁾, die mit dem 24. Dezember bzw. dem Osteranfang ihr Ende finden. Schließlich stellt auch die Beschäftigung für die Dauer des Urlaubs eines ständigen Arbeitnehmers oder während seiner Abwesenheit zu einem Fortbildungskurs eine Aushilfsbeschäftigung für eine bestimmte Zeit dar, da der Endtermin in beiden Fällen genau feststellbar ist. 2)

c) Das Aushilfsarbeitsverhältnis für einen bestimmten Zweck 3)

Die Dauer eines Aushilfsarbeitsverhältnisses kann auch in der Weise festgelegt werden, daß sie sich aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der zu leistenden Dienstleistungen ergibt (vgl. § 620 II BGB). Das Ende des Arbeitsverhältnisses steht dann nicht von vornherein datumsmäßig fest, sondern ist an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, das sich zeitlich noch nicht genau festlegen läßt. Der Zweck muß in diesen Fällen aber ausdrücklich oder nach den Umständen als Maß und Grenze für die Dauer des Arbeitsverhältnisses gesetzt sein.⁴⁾ Die allgemeine Angabe eines Beschäftigungszweckes, der auch einem Dauerarbeitsverhältnis zu Grunde liegen könnte, genügt daher nicht zur Herbeiführung einer Befristung. Dem Arbeitnehmer muß vielmehr beim Vertragsanlaß klar werden, daß der angegebene Beschäftigungszweck im Sinne eines Endtermins gemeint ist. Da es sich dabei um eine Vertragsabrede handelt, kommt es auf den Standpunkt beider Parteien an.⁵⁾ Die bloße Absicht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis durch seinen Zweck zu befristen, reicht selbst dann nicht aus, wenn sie für den Arbeitnehmer erkennbar wurde;⁶⁾ denn damit wurde die Befristung noch nicht zum Vertragsinhalt.

1) vgl. LAG Heidelberg, ARSt 4, 291.

2) vgl. die Beispiele bei Walter, S. 50; Endemann, AR-Blattei, Das Aushilfsarbeitsverhältnis.

3) Beispielsfälle aus der Rechtsprechung sind: Einstellung für die Dauer der Inventur und die Einrichtung einer Kartei (LAG, ARSt 7, 418); Einstellung eines Gefangenenaufsehers, solange der besondere Bedarf auf Grund von Beamtenbeurlaubungen und sommerlicher Außenarbeit der Gefangenen anhält (LAG, ARSt 13, 10); Einstellung für die Dauer des Bewachungsauftrages einer Dienststelle (LAG Düsseldorf, AP 51 Nr. 277), der Erkrankung eines Arbeitnehmers (LAG Düsseldorf, BB 1958, 665), der Suspendierung eines Arbeitnehmers (BAG, Betr. 1962, 773).

4) RAG, ARSt 2, 173 und 7, 421.

5) Lormar, Der Arbeitsvertrag I, S. 526 Anm. 1. Sgl., Der gewerbliche Arbeitsvertr., S. 150.

6) RGZ 130, 288.

Die Dauer des Arbeitsverhältnisses darf allerdings nicht in das Belieben des Arbeitgebers gestellt sein, sondern es müssen übersichtliche objektive Merkmale vorliegen, die der willkürlichen Entschließung der Beteiligten entzogen sind. ¹⁾ Dies schließt nicht aus, daß der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Beendigung des Aushilfszwecks bestimmen kann. Er darf die Bestimmung nur nicht willkürlich vornehmen, sondern der Aushilfszweck muß auch tatsächlich erledigt sein. ²⁾

Für eine wirksame Zweckbefristung ist auch erforderlich, daß der Zweck stets so in die äußere Erscheinung tritt, daß er durch beide Vertragsteile ohne umständliche Ermittlungen und vor allem ohne Heranziehung von Sachverständigen wahrnehmbar ist. ³⁾ Bei einer Einstellung zur Beseitigung des durch die Illiquidität einer Sparkasse entstandenen Zustandes wurde deshalb mit Recht kein zweckbefristetes Arbeitsverhältnis angenommen, ⁴⁾ da die Feststellung, wann dieser Zustand tatsächlich beseitigt ist, selbst durch erfahrene Sachverständige kaum mit Sicherheit erfolgen kann. In solchen Fällen ist die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit die einzige sachgerechte Lösung.

Bei Einstellungen zur Vertretung erkrankter Arbeitnehmer besteht keine völlige Einigkeit darüber, ob dies in Form eines zweckbefristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses geschehen kann. Das Arbeitsgericht Hamburg unterscheidet folgendermaßen ⁵⁾: Kann mit der Heilung des Erkrankten innerhalb eines gewissen Zeitraumes gerechnet werden, so ist der Abschluß eines zweckbefristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses möglich. Liegt dagegen eine erhebliche Erkrankung vor und ist völlig unsicher, bis wann der erkrankte Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig ist, soll nur ein Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen werden können. Derselben Ansicht ist auch Walter, ⁶⁾ der ausführt, daß es dem Arbeitnehmer in solchen Fällen nicht erkennbar sei, zu welchem Zeitpunkt das Aushilfsarbeitsverhältnis auslaufen solle. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. ⁷⁾ Es kann nicht von der Schwere der Krankheit und ihrer voraussichtlich kürzeren oder längeren Dauer abhängen, ob die eine oder andere Form eines Aushilfsarbeitsverhältnisses vorliegt, zumal es unmöglich ist, eine klare Grenze zu ziehen, wann der eine oder andere Fall gegeben ist. Wenn der Zweck, nämlich die Beschäftigung als Aushilfe für einen erkrankten Arbeitnehmer, als Maß und Grenze für das Aushilfsarbeitsverhältnis gesetzt wird, kann

1) RAG, ARS 13, 13; LAG Düsseldorf, BB 1958, 665; ArbG Nürnberg ARSt 6, 674; ArbG Berlin, ARSt 21, 248; Molitor, Die Kündigung, S. 30.

2) RAG, ARS 17, 88 mit Anm. Hueck.

3) RGZ 130, 286 f.

4) RGZ 130, 287.

5) AP 50 Nr. 21

6) S. 53.

7) ebenso Hueck in Anm. zu AP 50 Nr. 21.

die Einstellung auch bei schweren Erkrankungen zweckbefristet erfolgen. Es ist durchaus erkennbar, wann das Arbeitsverhältnis enden soll: mit der vollständigen Wiederherstellung der Gesundheit des Erkrankten, so daß er wieder an gewohnten Arbeitsplatz eingesetzt werden kann. Wird er bereits vor diesem Zeitpunkt wieder mit leichteren Arbeiten im Betrieb beschäftigt, endet dadurch das zu seiner Vertretung eingegangene Aushilfsarbeitsverhältnis in der Regel noch nicht. 1)

Zu der Frage, ob bei Aushilfsarbeitsverhältnissen, die zur Erreichung eines bestimmten Zweckes eingegangen werden, an Stelle einer Zweckbefristung eine feste zeitliche Befristung erfolgen kann, obwohl der Endtermin nicht von vornherein überschaubar ist, nahm vor einiger Zeit das Bundesarbeitsgericht Stellung. - Es hat diese Frage bejaht, weil gerade mit Rücksicht auf die Ungewißheit, wann das betreffende Ereignis eintreten wird, der Abschluß eines zeitlich befristeten Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall vertretbar sei. Der Arbeitgeber kenne dabei natürlich in Kauf, daß das Bedürfnis bereits vor Ablauf des zeitlich befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses entfallen, so daß er eine überzahlige Arbeitskraft beschäftigen müsse. In dem vom Bundesarbeitsgericht zu entscheidenden Fall lag es allerdings genau umgekehrt: Der zeitlich befristete Arbeitsvertrag lief ab, bevor das Aushilfsbedürfnis zu Ende war. Hier muß also der Arbeitnehmer in Kauf nehmen, daß sein Arbeitsverhältnis endet, obwohl weiterhin ein Bedürfnis zur Beschäftigung einer Aushilfskraft besteht. Dieses Ergebnis erscheint nicht unbedenklich. Nachdem die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge vom Vorliegen vernünftiger sachlicher Gründe abhängig gemacht wird, ist es doch naheliegend, allein ein zweckbefristetes Arbeitsverhältnis für zulässig zu erklären, wenn diese Gründe eindeutig für eine Zweckbefristung sprechen, weil ein fester Endtermin nicht zu ermitteln ist. Für eine feste zeitliche Befristung, deren Nachteil je nach Zufall den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer trifft, ist in derartigen Fällen m. E. kein Raum.

2. Das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit

Sind die Umstände, die zur Begründung eines Aushilfsarbeitsverhältnisses führen, was ihre zeitliche Dauer oder sonstige objektiv feststellbare Beendigungsgründe anbetrifft so ungewiß, daß eine genaue Begrenzung durch äußere Umstände nicht möglich ist, kann nur ein Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit vereinbart werden. 2) Ein solches ist auch dann anzunehmen, wenn im Arbeitsvertrag zwar Abmachungen darüber getroffen wurden, beim Eintritt welcher Ereignisse das Arbeitsverhältnis von selbst enden soll, diese Befristung aber das Arbeitsverhältnis nicht deutlich genug umgrenzt.

1) ArbG Mönchen-Gladbach, ARSt 8, 667.

2) BAG, Betr. 1962, 773 f.

3) LAG Düsseldorf, BB 1957, 1072.

Bei den Aushilfsarbeitsverhältnissen auf unbestimmte Zeit lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

- a) Wird keine Kündigungsfrist vereinbart, so ergeben sich in der Regel keine Unterschiede zu den sonstigen Arbeitsverhältnissen auf unbestimmte Zeit. Allerdings sind Ausnahmen denkbar, soweit dispositive Vorschriften eine zeitliche Bindung festlegen, die mit dem Wesen der vorübergehenden Aushilfe unvereinbar ist.¹⁾
- b) Bedeutsamer ist die Gruppe der Aushilfsarbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit mit vereinbarter Kündigungsfrist. Sie allein unterfallen den §§ 69 HGB, 133 ac GewO, § 8 c AllBergG, nach denen für Aushilfe arbeitsverhältnisse mit den diesen Bestimmungen unterfallenden Personen²⁾ von den gesetzlichen Mindestkündigungsfristen abgewichen werden kann, es sei denn, daß das Arbeitsverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Unverständlich ist, daß Soprowski-Gab³⁾ aus den §§ 69 HGB, 133 ac GewO ein Argument für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge entnehmen wollen,³⁾ da die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen nicht eingehalten zu werden brauchen, "wenn die Einstellung nur betriebsbedingt zur Aushilfe erfolgt". Dieses Argument ist unzutreffend. Befristete Arbeitsverhältnisse enden automatisch, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Die §§ 69 HGB, 133 ac GewO sind jedoch eindeutig kündigungsrechtliche Vorschriften, so daß sie auf befristete Arbeitsverhältnisse überhaupt nicht anwendbar sind, geschweige denn ein Argument für deren Zulässigkeit ergeben.

3. Aushilfsarbeitsverhältnisse mit angegebener Höchst- oder Minstdauer

Bei diesen Arten des Aushilfsarbeitsverhältnisses handelt es sich gewissermaßen um Mischformen, da sie sowohl Anklänge an die befristeten als auch an die unbefristeten Aushilfsarbeitsverhältnisse zeigen.

a) Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Höchstdauer

Beim Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Höchstdauer liegt eine echte Befristung vor. Es endet mit Ablauf der angegebenen Zeit bzw. mit Erreichung des Vertragszweckes. Die Befristung ist hier jedoch nur im Sinne einer Höchstdauer gemeint, d. h. das Arbeitsverhältnis kann schon vor diesem Zeitpunkt aufgelöst werden, und zwar durch eine Kündigung. Nur wenn keine vorzeitige Beendigung durch eine Kün-

1) Näheres im Kapitel 10: Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses.

2) Handlungsgehilfen (§ 59 HGB); Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker

(§ 133 ac GewO); in Bergwerken zur Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes
angenommene oder mit höheren technischen Dienstleistungen betraute Personen
(§ 88 AllBergG):

3) C II 3.

digung erfolgt, kann die Befristung von Bedeutung werden. 1) Innerhalb des durch die Höchstdauer abgesteckten Rahmens ist das Arbeitsverhältnis daher als Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu behandeln. 2) Es kann auch von den erleichterten Kündigungsmöglichkeiten der §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 28 c AllBergG Gebrauch gemacht werden, wenn das Aushilfsarbeitsverhältnis nicht über die Dauer von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Nicht erforderlich für die Anwendung dieser Vorschriften ist m. E., daß die festgesetzte Höchstdauer nicht über drei Monate liegt. 3) Auch wenn z. B. eine Höchstdauer von vier Monaten vereinbart wird, schließt das Gesetz nicht aus, während der ersten drei Monate die kündigungsrechtlichen Erleichterungen der §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 28 c AllBergG anzuwenden. Der Abschluß eines Arbeitsvertrages mit angegebener Höchstdauer empfiehlt sich dann, wenn die voraussichtliche Dauer des Aushilfsbedürfnisses schwer abschätzbar ist und die Aushilfskraft keinesfalls über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus im Betrieb verbleiben soll. Beispielsfälle aus der Rechtsprechung sind die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Liquidation eines Betriebes unter gleichzeitiger Vereinbarung einer Kündigungsfrist 4) oder eine Einstellung "für die Dauer des Krieges". 5)

b) Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Mindestdauer

Diese Aushilfsarbeitsverhältnisse stehen dem Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit sehr nahe. Die Befristung auf eine Mindestdauer stellt insofern gar keine echte Befristung dar, als das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt keinesfalls automatisch endet, 6) sondern die Vereinbarung läuft darauf hinaus, daß das Arbeitsverhältnis vor diesem Zeitpunkt nicht durch Kündigung aufgelöst werden kann. Die Kündigung soll frühestens zum Ende der Mindestdauer möglich sein. Erfolgt sie zu diesem Zeitpunkt nicht, so läuft das Arbeitsverhältnis als Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit weiter, bzw. wenn das Aushilfsbedürfnis weggefallen ist, als gewöhnliches Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit. Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Mindestdauer ist vor allem für den Arbeitnehmer vorteilhaft, da es ihn nicht der Unsicherheit einer u. U. eintägigen Kündigungsfrist aussetzt, sondern die Möglichkeit gibt, sich für einen bestimmten Zeitraum auf ein festes Arbeitsverhältnis einzustellen.

1) Molitor, Die Kündigung, S. 30.

2) ebenda, sowie Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 620 Anm. 20.

3) so aber Walter, S. 51.

4) LAG Leipzig, ARS 20, 72.

5) RAG, ARS 47, 153.

6) Hueck-Nipperdey I, S. 529.

Wo im Einzelfall nicht sicher ist, ob die angegebene Vertragszeit eine Mindest- oder Höchstdauer darstellt, ist im Zweifel eine Mindestdauer anzunehmen, so daß zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Kündigung erforderlich ist. ¹⁾

4. K A P I T E L :

RECHTE UND PFLICHTEN IM RAHMEN DES AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNISSES

1. Allgemeines

Wie für jeden anderen Arbeitnehmer gibt es auch für den Aushilfsarbeitnehmer eine Arbeitspflicht, eine Gehorsamspflicht, eine Treuepflicht, ein Recht auf Gleichbehandlung usw. Damit soll jedoch nicht gesagt werden, daß diese Rechte und Pflichten in Umfang und Ausgestaltung keine Abweichungen gegenüber den für das gewöhnliche Arbeitsverhältnis herausgearbeiteten Formen aufweisen. Bereits in der Vorbemerkung wurde darauf hingewiesen, daß es für die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis als einem "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" ²⁾ entscheidend auf die Stärke der gegenseitigen Bindung der Mitglieder untereinander ankommt. Daß diese gegenseitige Bindung bei einer so vorübergehenden Beschäftigung, wie es beim Aushilfsarbeitsverhältnis der Fall ist, verhältnismäßig schwach ist, liegt auf der Hand. ³⁾ Im folgenden wird daher untersucht, inwieweit die einzelnen Rechte und Pflichten des Aushilfsarbeitnehmers Abweichungen von der normalen Ausgestaltung aufweisen.

II. Die Arbeits- und Gehorsamspflicht

Auch für den Aushilfsarbeitnehmer ist die Arbeitspflicht die Hauptverpflichtung aus dem Arbeitsvertrag. Sie wird hier gemeinsam mit der Gehorsamspflicht behandelt, da sich bezüglich der Durchführung der dem Arbeitnehmer auf Grund seiner Arbeitspflicht obliegenden Aufgaben eine Weisungsgebundenheit bereits aus dem Wesen der Arbeitspflicht ergibt, so daß es insoweit keiner besonderen Gehorsamspflicht bedarf. ⁴⁾ Nur wenn die Gehorsamspflicht Fragen betrifft, die außerhalb der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers liegen, ist sie von selbständiger Bedeutung. ⁵⁾

1) Hueck-Nipperdey I, S. 529, sowie Staudinger-Nipperdey-Neumann § 620 Anm. 21.

2) Hueck-Nipperdey I, S. 129.

3) vgl. LAG Hamburg, ARSt 19, 325.

4) Nikisch I, S. 283; Hueck-Nipperdey I, S. 239.

5) ebenda.

Grundsätzlich hängt der Umfang der Arbeitspflicht von den Vereinbarungen über die Verwendung des Arbeitnehmers im Betrieb ab. Diese Vereinbarungen ergeben zusammen mit den vorhandenen kollektivrechtlichen Regelungen den Rahmen, in dem sich die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bewegt. ¹⁾ Beim Aushilfsarbeitsverhältnis wird dieser Rahmen vor allem durch den Zweck der Beschäftigung und die nur vorübergehende Anwesenheit des Arbeitnehmers geprägt. Je genauer dabei die Arbeitsaufgaben festgelegt werden, desto geringer sind die Möglichkeiten des Arbeitgebers, Weisungen zu erteilen, da die Arbeitspflicht bereits durch den Arbeitsvertrag feststeht. ²⁾

Vor allem bei den zweckbefristeten Aushilfsarbeitsverhältnissen wird das Direktionsrecht des Arbeitgebers besonders gering sein, weil durch die Angabe des Zwecks die Art der Tätigkeit so genau bestimmt ist, daß der Arbeitnehmer insofern keinen Weisungen mehr unterliegt. Weisungen können dann nur noch bezüglich der Arbeitsmethoden oder der Reihenfolge der Bearbeitung u. a. gegeben werden. ³⁾ Wird z. B. ein Arbeitnehmer aushilfsweise angestellt, um bei der Erstellung einer Partei zu helfen, so verletzt er seine Arbeitspflicht nicht, wenn er sich weigert, bei Packarbeiten in der Versandabteilung mitzuhelfen. Eine derartige Änderung der Arbeitspflicht würde den Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen sprengen und ist daher nur als Vertragsänderung möglich. Es ist also eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer notwendig, durch die der Arbeitsvertrag umgestaltet wird, was auch durch konkludentes Handeln geschehen kann, wenn keine besondere Form vorgeschrieben ist. ⁴⁾

Genau umgekehrt liegt es in den Fällen, in denen die Einstellung nicht für eine genau umgrenzte Tätigkeit erfolgt, sondern z. B. für die Dauer der Urlaubszeit zur Vertretung von in Urlaub befindlichen Arbeitnehmern. Hier kann der Aushilfsarbeiter überall eingesetzt werden, wo es infolge von Urlaub der zuständigen Arbeitnehmer an Personal fehlt. Er unterliegt dann bezüglich seiner Arbeitspflicht in vollem Umfang - auch soweit es die Art der Tätigkeit anbetrifft - dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Die Weigerung des Arbeitnehmers, eine ihm zugewiesene Tätigkeit zu übernehmen, wäre vertragswidrig und kann Grund zu fristloser Kündigung sein.

Im Rahmen der Erörterung der Arbeitspflicht ist es von Interesse, ob der Aushilfsarbeiter eine Nebentätigkeit ausüben darf. Wenn darunter die Erfüllung seiner Arbeitspflicht nicht leidet und nicht zwingende Arbeitnehmerschutzvorschriften

1) Molitor spricht hier vom "abstrakten Arbeitsplatz". Molitor, AR-Blattei, Arbeitspflicht.

2) Oehmann, AR-Blattei, Direktionsrecht und Gehorsamspflicht; Bobrowski-Gaul, D II 3.

3) Dobrowski-Gaul, D II 5.

4) ebenda, D II 7.

verletzt werden, ¹⁾ hat auch der Aushilfsarbeitnehmer das Recht, eine Nebentätigkeit anzunehmen. Für die Zeit seiner Haupttätigkeit schuldet er dem Arbeitgeber zwar seine ganze Arbeitskraft, während der übrigen Zeit des Tages kann er sich jedoch anderen Aufgaben zuwenden, ohne dadurch seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag zu verletzen.

In den Fragen der äußeren Ordnung des Betriebes besteht für die Aushilfsarbeitnehmer die gleiche Gehorsamspflicht wie für die übrigen Beschäftigten auch. Gerade hier, wo es um die Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit des betrieblichen Lebens geht, kann die Gehorsamspflicht der Aushilfsarbeitnehmer keinen geringeren Umfang haben als die der ständigen Arbeitnehmer. Es läßt sich im Gegenteil vorstellen, daß in Betrieben, in denen besondere Gefahren bestehen, - z. B. Sprengstoffbetrieben - die Weisungsgebundenheit nur vorübergehend beschäftigter Personen größer sein kann als die der ständigen Arbeitnehmer, da letzteren diese Gefahren auf Grund ihrer Erfahrung gegenwärtiger sind und sie ihr Verhalten eher dementsprechend einrichten. ²⁾

III. Die Treuepflicht der Aushilfsarbeitnehmer

Ein Arbeitsverhältnis erschöpft sich nicht lediglich in dem Austausch von Arbeitsleistungen gegen Lohnzahlungen, sondern neben diese schuldrechtlichen Rechte und Pflichten tritt der persönliche Kontakt zu den übrigen Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer wird Mitglied einer menschlichen Gemeinschaft und daraus ergeben sich Verhaltenspflichten, die über die schuldrechtlichen Leistungspflichten hinausgehen und unter dem Begriff der Treuepflicht zusammengefaßt werden. ³⁾ Es handelt sich dabei um eine wechselseitige Pflicht ⁴⁾; denn auch den Arbeitgeber trifft eine solche Treuepflicht, die in der Regel in Form der Fürsorgepflicht in Erscheinung tritt.

Das Aushilfsarbeitsverhältnis beinhaltet wie jedes andere Arbeitsverhältnis gewisse personenrechtliche Elemente, so daß auch den Aushilfsarbeitnehmer eine Treuepflicht trifft. Die vorübergehende Natur des Aushilfsarbeitsverhältnisses, dessen baldiges Ende den Vertragspartnern von Anfang an vor Augen steht, bedingt jedoch, daß das personenrechtliche Element nicht von derselben Bedeutung ist wie beim Dauerarbeitsverhältnis. Dieser Umstand wirkt sich aber auf den Umfang der Treuepflicht des Aushilfsarbeitnehmers aus. Die Treuepflicht hat nämlich keinen fest

1) Hueck-Nipperdey I, S. 204.

2) Darin liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Vgl. S. 29 f.

3) Hueck, Treuegedanke, S. 12 f; Hueck-Nipperdey I, S. 241; Nikisch I, S. 446;

Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 2 Anm. 14 f.

4) vgl. Bobrowski-Gaul, F I 3.

bestimmten Inhalt und Umfang, sondern sie hängt u. a. von der Art der Tätigkeit, der Stellung im Betrieb, der Beschäftigungsdauer und der Art des Betriebes ab.¹⁾ Die Beschäftigungsdauer des Aushilfsarbeitnehmers ist regelmäßig gering. Die kurzzeitige Tätigkeit verbietet meist die Übertragung von Aufgaben, die ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen oder ein erhebliches Maß an Verantwortung mit sich bringen. Daraus ergibt sich aber, daß die Treuepflicht des Aushilfsarbeitnehmers in aller Regel auf ein Minimum beschränkt sein wird. Sicherlich muß auch ein Aushilfsarbeitnehmer alle Störungen und Schädigungen des betrieblichen Lebens unterlassen. Es kann jedoch kaum von ihm erwartet werden, daß er sich in besonderem Maß für die Interessen des Arbeitgebers und das Gelingen des Betriebes, aus dem er bald wieder ausscheiden wird, einsetzt. Seine Treuepflicht wird sich also hauptsächlich auf Unterlassungspflichten beschränken, während Handlungspflichten von geringer Bedeutung sind. Die Handlungspflichten des Aushilfsarbeitnehmers erschöpfen sich weitgehend in der Arbeitspflicht.

Die Treuepflicht des Aushilfsarbeitnehmers geht in erster Linie dahin, alles zu unterlassen, was das menschliche Zusammenleben im Betrieb oder die betriebliche Leistungserstellung beeinträchtigen könnte. Er hat vor allem jedes den Betriebsfrieden störende Verhalten zu vermeiden, da er ohnehin durch seine nur vorübergehende Anwesenheit einen gewissen Fremdkörper in der Betriebsgemeinschaft darstellt.

Keine Besonderheiten gelten für das Schmiergeldverbot § 12 UWG. Es dürfte kaum von praktischer Bedeutung werden, da Aushilfsarbeitnehmer schon wegen ihrer vorübergehenden Tätigkeit höchst selten einen maßgeblichen Einfluß auf die Auswahl der Lieferanten von Waren oder gewerblichen Leistungen erlangen.

Während der Dauer des Aushilfsarbeitsverhältnisses ist der Aushilfsarbeitnehmer wie jeder andere Arbeitnehmer gemäß § 17 UWG gehalten, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm auf Grund seines Dienstverhältnisses anvertraut oder zugänglich werden, nicht unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, dem Geschäftsinhaber Schaden zuzufügen, mitzuteilen. Die Treuepflicht verpflichtet ihn darüber hinaus überhaupt zur Verschwiegenheit über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, unabhängig davon, ob sie ihm gerade auf Grund eines Arbeitsverhältnisses zugänglich wurden.²⁾ Schon für das gewöhnliche Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit ist sehr umstritten, ob es eine über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinausgehende Verschwiegenheitspflicht als Ausfluß einer nachwirkenden Treuepflicht gibt.³⁾ Diese Frage kann hier nicht geklärt werden.

¹⁾ Dietz, Hedemann Festschrift, S. 334; Hueck, Treuegedanke, S. 15; Nikisch I, S. 447; Meissinger, AR-Blattei, Treuepflicht im Arbeitsrecht.

²⁾ Hueck-Nipperdey I, S. 244; Nikisch I, S. 454; Monjau, Betr. 1956, 232.

³⁾ Dagegen Hueck-Nipperdey I, S. 245 f.; dafür, wenn auch mit Einschränkungen, Dietz, Hedemann Festschrift; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm. 164; Monjau, Betr. 1956, 232.

Nimmt man jedoch auch für das Aushilfsarbeitsverhältnis eine solche nachwirkende Verschwiegenheitspflicht an, so kann sie nur von außerordentlich geringer Bedeutung sein, denn von einem Aushilfsarbeitnehmer kann nach seinem verhältnismäßig kurzzeitigen Tätigkeitskaum erwartet werden, daß er mit Rücksicht auf seine Treuepflicht gegenüber einem Arbeitgeber, zu dem er so gut wie keine Bindung besitzt, auf die Verwertung erworbener Kenntnisse verzichtet. Zu berücksichtigen ist ferner, daß ein Arbeitgeber, der Aushilfskräfte mit Aufgaben betraut, bei deren Durchführung sie Kenntnisse von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen erlangen, sich darüber klar sein muß, daß diese Arbeitnehmer bereits in Kürze auf der Suche nach einem anderen Arbeitsplatz sein werden, wodurch eine erhöhte Gefahr besteht, daß derartige Geheimnisse Konkurrentenfirmen zugetragen werden. Damit ist der Arbeitgeber selbst maßgeblich an der Entstehung einer Situation beteiligt, die zu einer Schädigung seiner Interessen führen kann. Aus diesen Umständen ist m. E. der Schluß zu ziehen, daß ein Arbeitgeber, der nach Beendigung eines Aushilfsarbeitsverhältnisses einen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erreichen will, der über die Grenzen des § 826 BGB - Schutz vor vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung - und des § 1 UWG - Bereitung eines unlauteren Wettbewerbs - hinausgeht, diesen Schutz durch eine vertragliche Vereinbarung herbeiführen muß, die möglicherweise auch ein finanzielles Opfer erfordert. 1)

IV. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Aushilfsarbeitsverhältnis unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die der Treuepflicht des Arbeitnehmers entspricht, weist im allgemeinen auch für Aushilfsarbeitnehmer keine Abweichung von der regelmäßigen Ausgestaltung auf. Dies gilt insbesondere bei der Fürsorge für Leben und Gesundheit, 2) die gegenüber den nur vorübergehend im Betrieb beschäftigten Personen mit derselben Strenge einzuhalten ist wie gegenüber den ständigen Betriebsangehörigen. Nichts anderes kann auch bezüglich der Fürsorge des Arbeitgebers für das Eigentum des Arbeitnehmers gelten. Besonderheiten treten jedoch dort in Erscheinung, wo es sich um das Gebiet der Sonderleistungen handelt.

Bei freiwilligen Zulagen und Gratifikationen ist eine unterschiedliche Behandlung für Aushilfsarbeitnehmer und ständige Arbeitnehmer durchaus möglich, ohne daß damit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen wird. Wenn hier der Gleichbehandlungsgrundsatz erwähnt wird, so soll damit nicht incidenter die Auffassung

1) vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 246.

2) vgl. §§ 617, 618 BGB.

ausgedrückt werden, daß er seine Rechtsgrundlage in der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers findet. ¹⁾ Es geht vielmehr nur um die Klärung der Frage, in welchen Fällen Aushilfsarbeitnehmer auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen Anspruch auf Leistungen haben können, die der Arbeitgeber freiwillig den sonstigen Betriebsangehörigen gewährt. Die Antwort ergibt sich aus der inhaltlichen Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt keinesfalls, daß alle Arbeitnehmer einfach schematisch gleich behandelt werden, sondern es können durchaus sachgemäße Unterschiede gemacht werden. Er verbietet lediglich, einzelne Arbeitnehmer willkürlich schlechter zu behandeln. ²⁾ Aushilfsarbeitnehmer können also dann einen Rechtsanspruch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz herleiten, wenn ihnen ohne sachlichen Grund Leistungen verweigert werden, die die übrigen Arbeitnehmer erhalten. In aller Regel wird es jedoch sachlich begründet sein, wenn der Arbeitgeber bei der Gewährung freiwilliger Leistungen zwischen Aushilfsarbeitnehmern und ständigen Arbeitnehmern Unterschiede macht. Dies gilt vor allem für alle die Leistungen, die den Arbeitnehmer starker an den Betrieb binden sollen. Da der Aushilfsarbeitnehmer nur vorübergehend tätig ist, hat er keinen Anspruch auf derartige Leistungen aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz; denn die Leistung wird hier aus sachlich berechtigten Gründen den Arbeitnehmern nicht gewährt, mit deren baldigem Ausscheiden aus dem Betrieb zu rechnen ist. Anders ist es dagegen in den Fällen, in denen die freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers ein zusätzliches Entgelt für die in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Dienstleistungen darstellen. Soweit Aushilfsarbeitnehmer in dem betreffenden Zeitraum tätig waren, haben auch sie einen Anspruch auf diese Sonderleistungen.

Bei der Gewährung freiwilliger Leistungen können innerhalb der Gruppe der Aushilfsarbeitnehmer dieselben Unterschiede gemacht werden, die auch bei den ständigen Arbeitnehmern möglich sind. Merkmale, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, sind z. B. die Beschäftigungsdauer, der Familienstand, die Abteilungszugehörigkeit und die Stellung im Betrieb. ³⁾

1) Eingehend G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 83-172. Er führt letzten Endes jede Gleichbehandlung auf das für die gesamte Rechtsordnung geltende Gerechtigkeitsprinzip zurück.

2) vgl. u. a. Dietz, BetrVG § 51 Anm. 7; Hueck-Nipperdey I, S. 424; Nikisch I, S. 498; Frey, Der Grundsatz der Gleichbehandlung, S. 18; G. Hueck, a. a. O., S. 65, mit zahlreichen Nachweisen; BAG, AP Nr. 4 und 5 zu § 242 BGB, Gleichbehandlung.

3) vgl. G. Hueck, a. a. O., S. 69 f und Betr. 1956, 353 f.

5. K A P I T E L :

DER URLAUB DES AUSHILFSARBEITNEHMERS

I. Der Erholungsurlaub

Der Erholungsurlaub soll der Erhaltung und Erneuerung der körperlichen und geistigen Kräfte des Arbeitnehmers dienen. Nach der heute ganz überwiegenden Auffassung stellt er keinen Teil des Entgelts dar, sondern hat seinen eigentlichen Ursprung in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.¹⁾ Während die Gewährung von Erholungsurlaub lange Zeit nur auf einzelvertraglicher und später auch auf kollektivrechtlicher Grundlage erfolgte, hat sich, vor allem nach 1945, die Gesetzgebung mit dem Urlaubsrecht befaßt. Die bis vor kurzem vorhandene Rechtszersplitterung - die Bundesländer hatten eigene Urlaubsgesetze erlassen - wurde durch das am 1.1.1963 in Kraft getretene Bundesurlaubsgesetz beseitigt.²⁾ Dieses Gesetz ist auch für Aushilfsarbeitnehmer maßgebend, soweit keine abweichenden tarifvertraglichen Regelungen getroffen wurden, die in den Grenzen des § 13 BUrlG zulässig sind.

Das Bundesurlaubsgesetz ist für Aushilfsarbeitsverhältnisse vor allem durch die Regelung des Teilurlaubs in seinem § 5 bedeutsam, da nur der geringere Teil der Aushilfsarbeitnehmer die sechsmonatige Wartezeit des § 4 BUrlG erfüllt, die zum erstmaligen Erwerb des vollen Urlaubsanspruches führt. Es war beispielsweise noch nach § 2 Abs. II des vom Bundesurlaubsgesetz außer Kraft gesetzten Urlaubsgesetzes für Württemberg-Baden ausgeschlossen,³⁾ vor Erfüllung der Wartezeiten einen Anspruch auf Teilurlaub zu erwerben. Daß hierin gerade für Arbeitnehmer, die nur vorübergehend beschäftigt werden, gewisse Ungerechtigkeiten liegen können, ist nicht von der Hand zu weisen. Nach § 5 BUrlG steht jetzt jedem Arbeitnehmer, der die Wartezeit nicht erfüllt, für jeden vollen Monat⁴⁾ des Bestehens des Arbeitsverhältnisses ein Zwölftel des Jahresurlaubs zu. Eine Aufrundung angefangener Monate ist nicht vorgesehen, so daß selbst dann, wenn nur ein oder zwei Tage zu einem vollen Beschäftigungsmonat fehlen, für diesen kein Anspruch auf Teilurlaub besteht. Auf der anderen Seite sind allerdings gemäß § 5 Abs. II BUrlG Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, auf volle

1) vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 432; Nikisch I S. 520 f; Dersch-Neumann, BUrlG, § 1 Anm. 11 mit weiteren Angaben.

2) Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer vom 8.1.1963.

3) ähnlich § 5 Abs. I des Urlaubsgesetzes für Schleswig-Holstein.

4) Die Berechnung des vollen Beschäftigungsmonates richtet sich nach §§ 188 Abs. II, 187 Abs. II BGB.

denstage aufzurunden. Das wird bei einem 12-tägigen Jahresurlaub z. B. bei einer Beschäftigung von zwei Monaten von Bedeutung. Der Teilurlaub beträgt dann rechnerisch $15/12 \times 2 = 2\frac{1}{2}$ Tage und ist auf drei Tage aufzurunden.

Je nach der Dauer des Aushilfsarbeitsverhältnisses lassen sich für den Urlaubsanspruch folgende Fälle unterscheiden:

1. Das Aushilfsarbeitsverhältnis dauert weniger als einen vollen Monat. Es besteht kein Urlaubsanspruch, da auch ein Anspruch auf Teilurlaub gemäß § 5 Abs. I BUrlG ein Arbeitsverhältnis von mindestens einmonatiger Dauer voraussetzt.

2. Das Aushilfsarbeitsverhältnis dauert mehr als einen, aber weniger als sechs volle Monate. Gemäß § 5 Abs. I BUrlG besteht ein Anspruch auf 1/12 des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses.

3. Das Aushilfsarbeitsverhältnis besteht mindestens sechs volle Monate im selben Kalenderjahr. Der Arbeitnehmer erwirbt gemäß § 4 BUrlG den vollen Urlaubsanspruch.

4. Das Aushilfsarbeitsverhältnis besteht mindestens sechs volle Monate, der Arbeitnehmer scheidet aber in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis aus. Es lassen sich hier zwei Möglichkeiten denken: Zum einen kann die Wartezeit bereits in einem früheren Kalenderjahr erfüllt worden sein. In den folgenden Kalenderjahren besteht dann der volle Urlaubsanspruch bereits ab 1. Januar. Die zweite Möglichkeit ist die, daß die Wartezeit im Laufe der ersten Hälfte des Kalenderjahres erfüllt wird.¹⁾ Da die Wartezeit zurückgelegt ist, besteht an sich der volle Urlaubsanspruch gemäß § 4 BUrlG. § 5 Abs. I c BUrlG trifft in diesen Fällen jedoch eine wichtige Einschränkung: Da der Arbeitnehmer in der ersten Hälfte des Kalenderjahres ausscheidet, besteht nur ein Anspruch auf Teilurlaub.

Es kann hier der Fall eintreten, daß der Arbeitnehmer seinen vollen Urlaub nimmt und dann doch in der ersten Hälfte des Kalenderjahres ausscheidet, so daß ihm gemäß § 5 Abs. I c BUrlG nur ein Anspruch auf Teilurlaub zugestanden hätte. Um Streitigkeiten in diesen Fällen von vornherein auszuschalten, hat der Gesetzgeber in § 5 Abs. III BUrlG die Rückforderung des Urlaubsentgeltes ausgeschlossen. Er folgt damit der bisher schon vor allem im Schrifttum überwiegenden Ansicht.²⁾ Dies rechtfertigt sich daraus, daß der Urlaubsanspruch nicht in einen Anspruch auf Freizeitgewährung und einen Anspruch auf Entgelt teilbar ist, sondern daß es sich um einen einheitlichen Anspruch handelt, der zwei Wesensbestandteile aufweist, die untrennbar miteinander verbunden sind. Die Rückforderung des Entgeltes liefe also dem Wesen des Urlaubsanspruchs zuwider.

1) z. B. ist dies bei einem am 1.11. eingestellten Arbeitnehmer am 30. 4. des folgenden Jahres der Fall.

2) vgl. Neumann Dersch-BUrlG, § 5 Anm. 38 mit zahlreichen Angaben.

Von einer gewissen Bedeutung kann für Aushilfsarbeitnehmer die Urlaubsabgeltung werden. Sie ist allerdings nur in sehr engen Grenzen zulässig, da sonst der Hauptzweck des Urlaubs, die Freizeitgewährung zum Zwecke der Erholung, vereitelt würde. Eine Abgeltung kommt nach § 7 Abs. IV EUrlG nur in Frage, wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Soweit möglich, ist daher auch den Aushilfsarbeitnehmern der ihnen zustehende Urlaub noch zur Zeit des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in Form einer bezahlten Freiheit zu gewähren. Ausnahmen können sich beim zweckbefristeten Aushilfsarbeitsverhältnis ergeben. Ist der Aushilfszweck erreicht, ohne daß der Arbeitnehmer bis dahin den ihm zustehenden Urlaub genommen hat, so ist er abzugelten. Eine bezahlte Freizeitgewährung kommt nicht mehr in Frage, weil mit der Erreichung des Beschäftigungszweckes überhaupt kein Arbeitsverhältnis mehr besteht.

II. Sonderurlaub

Neben dem Erholungsurlaub begehren Arbeitnehmer gelegentlich Beurlaubungen aus besonderen Anlässen, wie z. B. Familienfeiern oder Behördengänge. Bei Aushilfsarbeitnehmern ist vor allem zu berücksichtigen, daß sie regelmäßig deshalb eingestellt werden, weil sich der Betrieb in einer vorübergehend besonders angespannten Personallage befindet, so daß ihre Arbeitskraft nicht ohne weiteres entbehrt werden kann. Andererseits gibt es aber Fälle, in denen die Fürsorgepflicht eine Freistellung gebietet.

Zu den Fragen des Sonderurlaubs der Aushilfsarbeitnehmer lassen sich folgende Grundsätze aufstellen:

Bei nur kurze Zeit dauernden Aushilfsarbeitsverhältnissen braucht kein Sonderurlaub gewährt zu werden, wenn der Arbeitnehmer seine Angelegenheiten auch noch nach dem baldigen Ende des Aushilfsarbeitsverhältnisses erledigen kann, ohne daß ihm dadurch unangemessene Nachteile entstehen. Handelt es sich um datumsmäßig feststehende Ereignisse, so sind die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegeneinander abzuwägen. Der Tod eines nahen Angehörigen wird in der Regel den Sonderurlaub rechtfertigen, irgendeine Vereinsfeier dagegen nicht.

Soweit einem Aushilfsarbeitnehmer Ansprüche auf Teilurlaub zustehen, ist es für ihn zumutbar, diesen für die Zwecke des Sonderurlaubes zu verwenden, da beim Teilurlaub, der stets auf einer kürzeren Beschäftigungsdauer beruht, der Erholungszweck nicht so bedeutsam ist. Lohnt er dies ab oder steht ihm überhaupt kein Anspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz zu, so muß er sich - falls nicht die Voraussetzungen des § 616 BGB vorliegen - in aller Regel mit der Freizeitgewährung begnügen und kann nicht für die Dauer des Sonderurlaubes die Fortzahlung des Entgelts verlangen.

6. K A P I T E L :

DIE STELLUNG DES AUSHILFSARBEITNEHMERS IM KRANKHEITSFALLE

I. Allgemeines

Die Erkrankung des Arbeitnehmers ist für das Aushilfsarbeitsverhältnis, das in der Regel von ziemlich kurzer Dauer ist, ein sehr einschneidendes Ereignis. Dies zeigt sich vor allem darin, daß der Aushilfsarbeitnehmer gerade zu dem Zweck angestellt wird, einem besonderen Personalmangel abzuhelpfen. Häufig wird daher für den Erkrankten ein weiterer Aushilfsarbeitnehmer eingestellt werden müssen. Dar aus können sich aber für den Arbeitgeber nicht unerhebliche finanzielle Belastungen ergeben, falls er für denselben Arbeitsplatz an zwei Arbeitnehmer zur Lohnzahlung bzw. Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Im folgenden soll daher untersucht werden, zu welchen Ergebnissen die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften im Falle der Erkrankung eines Aushilfsarbeitnehmers führen.

Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Arbeitsentgeltes bzw. zur Zahlung eines Zuschusses zu den Leistungen der Sozialversicherung ergibt sich aus den §§ 133 c Abs. II GewO, 63 HGB, 90 a AllbG, 1 ArbKrankhG, 110 EGB. Alle diese Vorschriften setzen voraus, daß die Krankheit, die den Arbeitnehmer in seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne sein Verschulden entstanden ist.¹⁾ Da die gesetzliche Regelung für Arbeiter und Angestellte unterschiedlich ist,²⁾ bedarf es einer getrennten Erörterung für diese beiden Arbeitnehmergruppen.

II. Die Stellung der Aushilfsarbeiter im Krankheitsfall

Die in § 1 ArbKrankhG vorgesehenen Zuschußzahlungen zu den Leistungen der Krankenversicherung können nur von einem Teil der Aushilfsarbeiter beansprucht werden. Gem. § 1 ArbKrankhG wird der Zuschuß nämlich erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber gewährt. Alle Aushilfsarbeiter, deren Arbeitsverhältnis vier Wochen oder weniger dauert, haben daher keinen Anspruch auf Zuschußzahlungen des Arbeitgebers. Der Kreis der Zuschußberechtigten Aushilfsarbeiter wird aber noch weiter eingeschränkt.

1) Der Begriff des Verschuldens bei der Entstehung einer Krankheit ist nicht unstrittig. Vgl. Nikisch I, S. 613 ff; Hueck-Nipperdey I, S. 331 ff; Gotzen-Doetsch, § 1 Anm. 7; Hessel, S. 17 ff; Schelp-Trieschmann, S. 39 ff.

2) Dem Bundestag liegt zur Zeit der Entwurf eines Lohnfortzahlungsgesetzes vor, der die völlige Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten bringen soll.

Er umfaßt auch von den Aushilfsarbeitern, die länger als vier Wochen ununterbrochen bei demselben Arbeitgeber tätig sind, nur die pflichtversicherten.¹⁾ § 168 Abs. I RVO bestimmt, in welchen Fällen Aushilfsarbeitnehmer in der Krankenversicherung nicht versicherungspflichtig sind.²⁾ Danach sind Aushilfsarbeitnehmer, die sonst nicht berufsmäßig tätig sind, versicherungsfrei, wenn ihre Beschäftigung nach der Natur der Sache auf weniger als drei Monate beschränkt zu sein pflegt oder im voraus durch den Arbeitsvertrag beschränkt ist. Sonst nicht berufsmäßig tätig sind die Personen, welche nicht in einem Beschäftigungsverhältnis gegen Entgelt zu einem Arbeitgeber zu stehen pflegen.³⁾ Dazu gehören vor allem Hausfrauen, Rentner, Studenten und Schüler. In der Praxis wird die Mehrzahl der Aushilfsarbeitnehmer aus diesem Personenkreis kommen, da die "sonst berufsmäßig tätigen" Arbeitnehmer in der Regel ständige Arbeitsverhältnisse eingehen werden. Damit werden aber die meisten Aushilfsarbeiter, deren Arbeitsverhältnis auf Grund einer Befristung oder nach der Natur der Sache weniger als drei Monate dauert, nicht versicherungspflichtig und deshalb auch nicht zuschußberechtigt nach dem Arbeiterkrankheitsgesetz.⁴⁾ Einen Anspruch auf Zuschuß nach dem Arbeiterkrankheitsgesetz haben dagegen alle Aushilfsarbeiter, deren Arbeitsverhältnis drei Monate und länger dauert, sowie die sonst berufsmäßig tätigen Aushilfsarbeiter nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber. Der Zuschuß ist gem. § 1 Abs. I ArbKrankhG bis zu einer Dauer der Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen zu gewahren. Für Aushilfsarbeiter ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 3 ArbKrankhG von besonderer Bedeutung. Soweit sie nämlich einen Anspruch auf Zuschuß haben, erlischt dieser, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf von sechs Wochen nach dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit endet. Gemäß § 3 Abs. I ArbKrankhG gilt dies allerdings dann nicht,

- 1) h. M. vgl. Nikisch I, S. 627; Gotzen-Doetsch § 1 Anm. 3; Schelp-Trieschmann, S. 118 f; BAG, GS, AP Nr. 21 zu § 616 BGB; a. A. Höhne-Marienhagen, S. 89 f. Eine freiwillige Versicherung wird von der h. M. nicht als ausreichend erachtet, da nach § 215 RVO die Regelleistungen für die freiwillig Versicherten auf Kranken- und Krankenhauspflege beschränkt werden können, so daß es von einer versicherungsrechtlichen Ermessensentscheidung abhängen würde, ob der freiwillig Versicherte einen Anspruch auf Krankengeld und damit auf den Zuschuß nach dem ArbKrankhG hat.
- 2) Vgl. dazu ausführlich unten Kapitel 9: Die Stellung der Aushilfsarbeitnehmer in der Sozialversicherung.
- 3) Brakmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. II, S. 315.
- 4) Anders liegt es dagegen bei Arbeitsunfällen, da auch Aushilfsarbeitnehmer gem. § 537 RVO in der Unfallversicherung pflichtversichert sind. Soweit ihr Arbeitsverhältnis länger als vier Wochen dauert, haben Aushilfsarbeiter bei Arbeitsunfällen den Zuschußanspruch aus § 1 ArbKrankhG.

wenn die Beendigung auf einer Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit beruht. Die Regelung des § 3 ArbKranksG wird vor allem bei den befristeten Aushilfsarbeitsverhältnissen bedeutsam. Wenn der Endtermin während der Zeit der Zuschußpflicht eintritt, so erlischt damit auch der Anspruch auf den Zuschuß. Dasselbe gilt für die Aushilfsarbeitsverhältnisse, die durch eine Kündigung enden, wenn die Kündigung nicht aus Anlaß der Erkrankung, sondern z. B. wegen der Beendigung des Aushilfsbedürfnisses erfolgte.

Für die Beurteilung der rechtlichen Stellung derjenigen Aushilfsarbeiter, auf die sich das Arbeiterkrankheitsgesetz nicht erstreckt, weil sie nicht pflichtverpflichtet sind, also der sonst nicht berufsmäßig Tätigen, wenn ihre Beschäftigung nach der Natur der Sache auf weniger als drei Monate beschränkt zu sein pflegt oder im voraus durch den Vertrag beschränkt ist, bietet sich nur § 616 Abs. I BGB an. Ob diese Vorschrift für Arbeiter im Krankheitsfalle neben dem Arbeiterkrankheitsgesetz fortgilt, gibt zu Zweifeln Anlaß. Der große Senat des Reichsarbeitsgerichts hatte dieses Problem vor einiger Zeit zu entscheiden. ¹⁾ Er kam auf Grund des Ergebnisses, daß das Arbeiterkrankheitsgesetz in dem Fall der Erkrankung eines von der Krankenversicherung erfaßten Arbeiters den § 616 BGB nicht anwendbar hat. In der Entscheidung wird jedoch ausdrücklich offen gelassen, wie es mit der Anwendung des § 616 Abs. I BGB auf diejenigen Arbeiter steht, die wegen § 108 RVO nicht der Versicherungspflicht unterliegen und daher ebenfalls die sonstigen Voraussetzungen für die Zuschußleistung des Arbeitgebers nach dem Arbeiterkrankheitsgesetz aufweisen.

Bedenken gegen die Fortgeltung des § 616 Abs. I BGB für die Krankenversicherungspflichtigen Aushilfsarbeiter ergeben sich m. E. nicht. Es ist durchaus sinnvoll, daß der Gesetzgeber diese Gruppe der besonders kurzzeitig angestellten Arbeiter nicht in das Arbeiterkrankheitsgesetz einbezog, da die sechswohige Dauer der Zuschußpflicht für diese Arbeitsverhältnisse nicht angemessen erscheint. Die Regelung des § 616 Abs. I BGB, nach der der Anspruch auf die Vergütung nicht verloren geht, wenn der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist, eignet sich für diese Fälle wesentlich besser. Dadurch wird es nämlich möglich, eine sinnvolle Relation zwischen der Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Anzahl der Tage zu finden, für die im Krankheitsfalle die Vergütung weiterzubezahlen ist. Gegen die Fortgeltung von § 616 Abs. I BGB läßt sich auch nicht einwenden, daß dies zu einer Besserstellung der nicht dem Arbeiterkrankheitsgesetz

1) AP Nr. 21 zu § 616 BGB.

2) ebenso Hueck in Anm. zu AP Nr. 22 zu § 616 BGB, mit der Begründung, daß sonst für diese Gruppe von Arbeitern überhaupt keine Regelung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers besteht.

unterfallenden Arbeiter führen wurde, da diese bereits während der ersten vier Wochen einen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes haben. Diejenigen Aushilfsarbeiter, deren Rechtsstellung im Krankheitsfalle auf dem Arbeiterkrankheitsgesetz beruht, erhalten zwar im Falle einer Erkrankung während der ersten vier Wochen des Arbeitsverhältnisses weder Lohn noch einen Zuschuß. Dafür bekommen sie aber die Leistungen aus der Krankenversicherung, in der sie pflichtversichert sind, und nach dem Ablauf der vierten Woche erhalten sie noch zusätzlich den Zuschuß des Arbeitgebers für die Dauer von sechs Wochen seit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Es ist offensichtlich, daß diese Stellung wesentlich günstiger ist als die sich aus § 616 Abs. I BGB ergebende, zumal § 616 Abs. I BGB dispositiv ist,¹⁾ also die Weiterzahlung des Lohnes völlig ausgeschlossen werden kann.

Generelle Regeln dafür, bis zu welchem Zeitraum "eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" im Sinne des § 616 Abs. I BGB vorliegt, lassen sich nicht aufstellen. Das maßgebliche Kriterium liegt im Verhältnis zwischen der Dauer der Arbeitsverhinderung und der Dauer der bisherigen Beschäftigung.²⁾ Da es sich hier durchweg um Aushilfsarbeiter handelt, deren Beschäftigungsdauer unter drei Monaten bleibt, können nur wenige Tage als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit gelten. Sobald eine Dienstverhinderung von verhältnismäßig erheblicher Zeit vorliegt, besteht kein Anspruch auf die Fortzahlung des Lohnes, und zwar auch nicht für die ersten Tage, die noch als unerheblich angesehen werden können.³⁾

III. Die Stellung der Aushilfsangestellten im Krankheitsfall

Der Gesetzgeber hat an verschiedenen Stellen Regelungen über die Fortzahlung der Bezüge von Angestellten im Krankheitsfalle getroffen. So für Handlungsgehilfen in § 63 HGB, für gewerbliche Angestellte in § 133 c Abs. II GewO, für die technischen Angestellten im Bergbau in § 90 a AllBergG und für alle übrigen Angestellten in § 616 BGB. Die Vorschriften sind auch auf die Aushilfsarbeitsverhältnisse der entsprechenden Angestelltengruppen anwendbar. Dies ergibt sich daraus, daß in den angeführten Gesetzen, soweit für Aushilfsangestellte eine Regelung getroffen wird, nur bezüglich der Kündigungsfristen etwas Abweichendes vorgesehen

1) vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Anm. 65; Hueck-Nipperdey I, S. 339; BAG, AP Nr. 8 zu § 616 BGB.

2) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Anm. 18; Hueck-Nipperdey I, S. 334; Nikisch I, S. 616.

3) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Anm. 21; Nikisch I, S. 616; BAG, GS, AP Nr. 22 zu § 616 BGB.

ist. ¹⁾ Die gesetzlichen Bestimmungen erscheinen auf den ersten Blick für Aushilfsangestellte nicht sehr sinnvoll, da sie einen nichtabdingbaren Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts bis zu sechs Wochen gewähren. Das dürfte auch der Grund sein, warum Böhner ²⁾ der Ansicht ist, daß Aushilfsangestellte keinen Anspruch auf Gehalt im Krankheitsfalle haben, es sei denn, ihre Beschäftigungsdauer überschreite den Zeitraum von drei Monaten. Diese Auffassung findet im Gesetz keine Stütze: denn die §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG sehen nur bezüglich der Kündigung Sonderregelungen für Aushilfsangestellte vor, nicht dagegen für die Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall. Trotzdem geben diese Vorschriften die Möglichkeit, auch in der Frage der Gehaltsfortzahlung zu vernünftigen Ergebnissen zu kommen, indem sie die Vereinbarung kurzer Kündigungsfristen bei Aushilfsarbeitsverhältnissen bis zu dreimonatiger Dauer zulassen. Der Arbeitgeber kann die Aushilfsarbeitsverhältnisse nämlich durch ordentliche Kündigung innerhalb einer vereinbarten kurzen Frist beenden und dadurch von seiner Verpflichtung zur Fortzahlung des Gehalts freikommen, da diese Verpflichtung nur für die Dauer des Arbeitsverhältnisses besteht. ³⁾ Diesem Ergebnis stehen auch nicht die §§ 69 Abs. II HGB, 133 c GewO, 90 a Abs. I AllBergG entgegen, nach denen der Anspruch auf Gehaltsfortzahlung für sechs Wochen nicht dadurch berührt wird, daß dem Angestellten gekündigt wurde, weil er durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist. Diese Vorschriften beziehen sich nämlich m. E. - wie sich schon aus ihrer systematischen Stellung ergibt - nur auf die fristlose Kündigung. Wird das Arbeitsverhältnis dagegen durch ordentliche Kündigung beendet, so endet damit auch die Verpflichtung zur Gehaltsfortzahlung. Der Arbeitgeber hat also bei Arbeitsverhältnissen mit Aushilfsangestellten bis zu dreimonatiger Dauer selber in der Hand, sich gegen unbillig erscheinende Ansprüche abzusichern. Dem steht auch das Kündigungsschutzgesetz nicht entgegen, da es gem. seinem § 1 Abs. I nur für solche Arbeitnehmer Geltung besitzt, die länger als sechs Monate in demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt sind. Soweit Aushilfsangestellte nach den BGB-Vorschriften zu behandeln sind, besteht ebenfalls die Möglichkeit, durch die Vereinbarung kurzer Kündigungsfristen - § 621 BGB ist dispositiv - das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfall rasch zu lösen und dadurch von der Verpflichtung zur Fortzahlung des Gehalts loszukommen. Die Stellung des Arbeitgebers ist hier noch günstiger, da er nicht nur bei Aushilfsarbeitsverhältnissen bis zu dreimonatiger Dauer, sondern auch bei länger dauernden Arbeitsverhältnissen kurze Kündigungsfristen vereinbaren kann.

Die gesetzlichen Regelungen über die Anrechnung des Betrages, der dem Angestellten für die Zeit seiner Verhinderung aus der gesetzlichen Krankenversicherung zu-

1) vgl. §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG.

2) Betr. 1959, 1030 f.

3) vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Anm. 38; Nikisch I, S. 620.

kommt, sind praktisch bedeutungslos. ¹⁾ Die meisten Aushilfsangestellten, die weniger als drei Monate tätig sind, bleiben wegen § 168 RVO ohnehin versicherungsfrei, so daß sie auch nichts aus der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten. Für die übrigen wurde die Anrechnung wegen § 189 RVO hinfällig. Der Krankengeldanspruch ruht nämlich, soweit der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält.

7. K A P I T E L :

DIE BEDEUTUNG BESONDERER SCHUTZVORSCHRIFTEN IM RAHMEN DES AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNISSES

Das folgende Kapitel beschränkt sich auf die Darstellung der Besonderheiten, die bei der aushilfsweisen Beschäftigung Schwerbeschädigter und werdender Mütter auftreten. Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes werden dagegen im Rahmen der Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses behandelt.

I. Die aushilfsweise Beschäftigung schwerbeschädigter Personen im Sinne des Schwerbeschädigtengesetzes

1. Allgemeines

Keine Besonderheiten gelten bezüglich des geschnitzten Personenkreises und der Pflichten des Arbeitgebers sowie des Betriebs- oder Personalrates. Ausnahmen ergeben sich beim Kündigungsschutz. Während zur Kündigung Schwerbeschädigter grundsätzlich die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gem. § 14 SchwBG erforderlich ist, bedarf es bei Schwerbeschädigten, die ausdrücklich nur zur vorübergehenden Aushilfe angestellt wurden, gem. § 19 Abs. IV SchwBG dieser Zustimmung nicht, es sei denn, daß das Arbeitsverhältnis über drei Monate hinaus fortbesteht. Die Einstellung solcher Aushilfsarbeitnehmer muß der Arbeitgeber nach § 19 Abs. IV S. 2 SchwBG binnen vier Tagen in doppelter Ausfertigung beim Arbeitsamt anzeigen. Verletzt er diese Anzeigepflicht, so begeht er nach § 39 Abs. I a SchwBG eine Ordnungswidrigkeit, die durch das Landesarbeitsamt (§ 39 Abs. V SchwBG) mit einer Geldbuße geahndet werden kann.

1) Die §§ 616 Abs. I BGB, 133 c Abs. II GewO, 90 a Abs. III AllBergG sehen die Anrechnung vor, § 63 Abs. II HGB dagegen nicht.

2. Der Anwendungsbereich des § 19 Abs. IV SchwBG

Im Schrifttum ist streitig, ob § 19 Abs. IV SchwBG nur für die befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisse¹⁾ gilt oder nur für Aushilfsarbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit bzw. mit angegebener Höchstdauer,²⁾ wenn letztere durch eine Kündigung vorzeitig beendet werden. § 19 Abs. IV SchwBG kann für befristete Aushilfsarbeitsverhältnisse keine Geltung besitzen, da diese automatisch enden, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Wenn aber keine Kündigung erfolgt ist, kann auch keine Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung erfolgen. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn ein Arbeitsverhältnis mit angegebener Höchstdauer vorzeitig durch Kündigung sein Ende findet. In diesem Fall kann § 19 Abs. IV SchwBG auch auf ein befristetes Aushilfsarbeitsverhältnis angewandt werden. Dies gilt aber nur deshalb, weil es sein Ende nicht durch die Befristung, sondern durch eine Kündigung findet.

Ihr Hauptanwendungsgebiet findet die Vorschrift des § 19 Abs. IV SchwBG bei den Aushilfsarbeitsverhältnissen auf unbestimmte Zeit. Der entgegengesetzten Ansicht von Sellmann,³⁾ der diese Vorschrift auf die Aushilfsarbeitsverhältnisse für unbestimmte Zeit nicht anwenden will, kann nicht gefolgt werden. Das Gesetz läßt keine derartige Beschränkung erkennen; denn es spricht nur allgemein von "vorübergehender Aushilfe". Vorübergehende Aushilfe wird aber auch im Fall des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit geleistet. Sellmann kann sich für seine Auffassung auf das Reichsarbeitsgericht⁴⁾ berufen, das davon ausgeht, daß der Gesetzgeber "offenbar" nur solche Arbeitsverhältnisse einführen wollte, die von vornherein auf eine entweder ausdrücklich vereinbarte oder durch die Beschaffenheit oder den Zweck der Dienste bestimmte Zeit eingegangen werden und einem festen dauernden Arbeitsverhältnis nicht gleichzustellen sind. Dazu ist zu sagen, daß das Wort "offenbar" nur eine sehr unzureichende Begründung darstellt und daß auch das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit durchaus nicht einem festen dauernden Arbeitsverhältnis gleichzustellen ist. Der vorübergehende Charakter des Aushilfsarbeitsverhältnisses wird nicht dadurch berührt, ob es auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen wird.

§ 19 Abs. IV SchwBG ist nur auf solche Aushilfsarbeitsverhältnisse anwendbar, die nicht über drei Monate hinaus fortbestehen. Es besteht keine Einigkeit darüber, ob die Vorschrift so auszulegen ist, daß sie für jede Beendigung eines Aushilfsarbeitsverhältnisses durch Kündigung innerhalb der ersten drei Monate seines Bestehens

1) so Sellmann, § 19 Anm. 26; Rohwer-Kahlmann, § 19 Anm. 49.

2) Gröninger, § 19 Anm. 6; Wilrodt-Gotzen, § 19 Anm. 17; Monjau, § 19 Anm. 5; Zigan, § 19 Anm. 36.

3) Sellmann, § 19 Anm. 26.

4) RAG, ARS 2, 171 ff.

gilt ¹⁾ oder ob sie nur für diejenigen Aushilfsarbeitsverhältnisse gilt, für die von vornherein eine Vertragsdauer von nicht mehr als drei Monaten in Aussicht genommen ist. ²⁾

Dieser Streit ist beim Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Höchstdauer bedeutsam. Beträgt die Höchstdauer nicht mehr als drei Monate, so ist § 19 Abs. IV SchwBG unstreitig anwendbar. Liegt die Höchstdauer dagegen über drei Monaten, so will die h. M. von Anfang an die allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen des Schwerbeschädigtengesetzes anwenden, auch wenn das Aushilfsarbeitsverhältnis bereits während der ersten drei Monate durch eine Kündigung beendet werden soll. Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, daß sie dem Schutzzweck des Schwerbeschädigtengesetzes entspreche und die Gefahr von Gesetzesumgehungen ausschließe. ³⁾ Gegen diese Auslegung spricht der Wortlaut des § 19 Abs. IV SchwBG, wonach die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle dann nicht erforderlich ist, wenn das Arbeitsverhältnis nicht über drei Monate hinaus fortbesteht. Das Gesetz stellt also nicht darauf ab, ob von vornherein eine Vertragsdauer, die über oder unter drei Monaten liegt, ins Auge gefaßt wird. Außerdem läßt sich beim Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Höchstdauer nicht sagen, daß es von vornherein eine bestimmte Vertragsdauer in Aussicht nimmt. Gerade die Charakterisierung als Höchstdauer läßt erkennen, daß durchaus mit einer früheren Beendigung gerechnet werden muß. Auch die Berufung auf den Schutzzweck des Schwerbeschädigtengesetzes kann die Zweifel an der herrschenden Auslegung des § 19 Abs. IV SchwBG nicht beseitigen. Es darf nämlich nicht außer acht gelassen werden, daß der Gesetzgeber diese Vorschrift geschaffen hat, um die Hemmungen zu beseitigen, die Arbeitgeber oft gegenüber der Einstellung eines Schwerbeschädigten haben, weil sie bereits vom Tage seiner Einstellung ab an die besonderen Kündigungsschutzbestimmungen gebunden sind. ⁴⁾ Dieser Zweck wurde aber zum Teil vereitelt, wenn die Vorschrift im Sinne der herrschenden Meinung ausgelegt wird. Schließlich rechtfertigt auch die Gefahr von Gesetzesumgehungen nicht, die Anwendung des § 19 Abs. IV SchwBG auf Aushilfsarbeitsverhältnisse auszuschließen, deren angegebene Höchstdauer über drei Monaten liegt. Wo eine Kündigung unter den erleichterten Voraussetzungen des § 19 Abs. IV SchwBG eine Gesetzesumgehung darstellt, ist sie gem. § 134 BGB nichtig. Eine grundsätzliche Vermutung dafür, daß die vorzeitige Kündigung dieser Aushilfsarbeitsverhältnisse eine Gesetzes-

1) Gröninger, § 19 Anm. 6; Nikisch I, S. 834, Note 163.

2) RAG, ARS 2, 171 u. 20, 72; Hueck-Nipperdey I, S. 782, Note 25; Sellmann, § 19 Anm. 26; Rohwer-Kahlmann, § 19 Anm. 44; Wilrodt-Gotzen, § 19 Anm. 22.

3) wie Fußnote 2.

4) Vgl. Begründung zu § 19 Abs. IV der Regierungsvorlage zum SchwBG (abgedruckt bei Rohwer-Kahlmann).

umgehung darstellt, besteht nicht; es liegt vielmehr durchaus in ihrem Wesen, daß sie bereits vor Ablauf der angesetzten Höchstbefristung beendet werden. Aus diesen Gründen ist § 19 Abs. IV SchwBG auch auf die Aushilfsarbeitsverhältnisse anwendbar, deren angegebene Höchstdauer über drei Monaten liegt, sofern sie innerhalb der ersten drei Monate durch eine Kündigung enden. ¹⁾

Beim Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit ist von vornherein keine bestimmte Vertragsdauer in Aussicht genommen. Es kann länger oder kürzer als drei Monate bestehen, je nachdem, wann es gekündigt wird. Deshalb bedarf jede Kündigung, die das Arbeitsverhältnis während der ersten drei Monate beendend, keiner Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Wird es dagegen nach mehr als dreimonatiger Dauer beendet, so bedarf es - selbst wenn die Kündigung bereits während der ersten drei Monate erfolgte - stets der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle, da § 19 Abs. IV SchwBG nicht mehr anwendbar ist, weil das Aushilfsarbeitsverhältnis über drei Monate hinaus fortbesteht.

3. Die Mindestkündigungsfrist des § 15 SchwBG

Es ist außerordentlich umstritten, in welchem Umfang § 19 Abs. IV SchwBG die Vorschriften des Vierten Abschnittes des Schwerbeschädigtengesetzes über den Kündigungsschutz außer Kraft setzt. Aus dem Wortlaut des § 19 Abs. IV SchwBG ergibt sich eindeutig, daß es zur Kündigung nicht der sonst gem. § 14 SchwBG vorgeschriebenen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle bedarf. Sehr streitig ist dagegen die Frage, ob § 19 Abs. IV SchwBG auch den § 15 SchwBG verdrängt, der für Schwerbeschädigte eine Mindestkündigungsfrist von vier Wochen vorsieht, was praktisch die Ausschaltung des gesamten Vierten Abschnittes des Schwerbeschädigtengesetzes zur Folge hätte.

§ 19 Abs. IV SchwBG spricht nur davon, daß die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nicht erforderlich ist. In der Vorschrift ist dagegen mit keinem Wort erwähnt, daß auch für die Mindestkündigungsfrist eine Ausnahme gelten soll. Dies fällt deshalb um so mehr auf, als die in § 19 Abs. I und II SchwBG getroffenen Sonderregelungen ausdrücklich sämtliche Bestimmungen des Vierten Abschnittes des Schwerbeschädigtengesetzes für unanwendbar erklären und nicht nur diejenigen, welche die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle betreffen. Deshalb wird vielfach die Ansicht vertreten, daß § 15 SchwBG im Falle des § 19 Abs. IV SchwBG anzuwenden ist, so daß auch schwerbeschädigten Aushilfsarbeitnehmern nur mit einer Frist von mindestens vier Wochen gekündigt werden kann. ²⁾ Demgegenüber stehen andere

1) im Ergebnis ebenso Gröninger, § 19 Anm. 6; Nikisch I, S. 834 Note 163.

2) Wilrodt-Gotzen, § 19 Anm. 3; Sellmann, § 19 Anm. 27; Rohwer-Kahlmann, § 19 Anm. 45; Monjau, § 19 Anm. 5; Hueck-Nipperdey I, S. 782; Nikisch I, S. 835; Sparitus, AuR 1961, 305 ff; LAG Berlin, AP Nr. 2 zu § 19 SchwBG.

Autoren und das Bundesarbeitsgericht auf dem Standpunkt, daß § 19 Abs. IV SchwBG auch den § 15 SchwBG ausschaltet. ¹⁾ Bis jetzt wird die erste Auffassung noch etwas häufiger vertreten, jedoch darf nicht übersehen werden, daß einige der Kommentare, in denen sich diese Auffassung findet, seit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr bearbeitet wurden. M. E. ist der zweiten Ansicht zu folgen. Sie gründet sich einmal auf die systematische Stellung und den Wortlaut des § 15 SchwBG. Diese Vorschrift lautet: "Die Kündigungsfrist beträgt mindestens vier Wochen; sie läuft erst vom Tage des Eingangs des Antrags bei der Hauptfürsorgestelle (§ 16 Abs. I) ab." Der Wortlaut legt die Folgerung nahe, daß die Mindestkündigungsfrist nur dann eingehalten werden muß, wenn überhaupt ein Antrag auf Zustimmung der Hauptfürsorgestelle erforderlich ist. Daran zeigt sich, daß trotz des eindeutig erscheinenden Wortlauts des § 19 Abs. IV SchwBG die Anwendbarkeit des § 15 SchwBG auf die dem § 19 Abs. IV SchwBG unterfallenden Arbeitsverhältnisse zu Zweifeln Anlaß gibt. Berücksichtigt man ferner noch die Zwecksetzung des § 19 Abs. IV SchwBG, die nach der amtlichen Begründung ²⁾ darin besteht, daß die Hemmungen beseitigt werden sollen, die manche Arbeitgeber schon deshalb gegenüber der Einstellung von Schwerbeschädigten haben, weil sie vom Tage der Einstellung an die Kündigungsfrist und den Kündigungsschutz für Schwerbeschädigte gebunden sind, so spricht diese gleichfalls für die Ausschaltung des § 15 SchwBG in den Fällen des § 19 Abs. IV SchwBG. ³⁾ Im Rahmen der Verabschiedung des Änderungsgesetzes zum Schwerbeschädigtengesetz vom 3. Juli 1961 bekannte sich auch der Gesetzgeber zu der vom Bundesarbeitsgericht klargestellten Rechtslage. ⁴⁾ Gerade mit Rücksicht auf diese Entscheidung wurde der Vorschlag bewußt fallen gelassen, die Zeit, während der der Schwerbeschädigte nach § 19 Abs. IV SchwBG ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle entlassen werden kann, auf vier Monate zu verlängern. Die Gesetzesänderung war deshalb vorgeschlagen worden, weil nach der damals herrschenden Meinung § 15 SchwBG auch auf die unter § 19 Abs. IV SchwBG fallenden Arbeitsverhältnisse anzuwenden war. Dies wirkte sich vor allem bei Probearbeitsverhältnissen aus, da die Probezeit - wollte man noch ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle kündigen - wegen der

1) BAG, AP Nr. 1 zu § 15 SchwBG; Zigan, § 19 Anm. 35; Gröninger, § 19 Anm. 6; Becker, § 19 Anm. 77; Walter, S. 39.

2) abgedruckt bei Rohwer-Kahlmann.

3) Die amtl. Begründung darf allerdings nur dann zur Ermittlung der Zwecksetzung des Gesetzes herangezogen werden, wenn sie im Gesetz Eingang findet. Das Bundesarbeitsgericht bejaht dies wegen der erweiterten Fassung des § 19 Abs. IV SchwBG gegenüber dem § 17 SchwBG von 1923 und wegen der Zweifel, die sich aus dem Gesetzeswortlaut ergeben.

4) Eingehende Darstellung bei Becker, § 19 Anm. 77.

vierwöchigen Mindestkündigungsfrist des § 15 SchwBG nur gut zwei Monate betrug. Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß für die Aushilfsarbeitsverhältnisse Schwerbeschädigter, auf die § 19 Abs. IV SchwBG anwendbar ist, die Mindestkündigungsfrist des § 15 SchwBG nicht eingehalten werden muß.

4. Die Wahl des Vertrauensmannes der Schwerbeschädigten

Werden in einem Betrieb oder einer Dienststelle wenigstens fünf Schwerbeschädigte auf Arbeitsplätzen im Sinne des § 5 SchwBG nicht nur vorübergehend beschäftigt, haben sie gem. § 13 Abs. II SchwBG einen Vertrauensmann und wenigstens einen Stellvertreter zur Vertretung ihrer Interessen zu wählen. Grundsätzlich sind dabei Aushilfsarbeitnehmer, da ihre Beschäftigung nur vorübergehend ist, nicht wahlberechtigt. Wenn Rewolle¹⁾ nur solche Aushilfsarbeitnehmer bei der Ermittlung der Zahl der nicht nur vorübergehend beschäftigten Schwerbeschädigten ausnehmen will, deren Arbeitsverhältnis gem. § 19 Abs. IV SchwBG nicht über drei Monate besteht, so kann dem nicht gefolgt werden. § 19 Abs. IV SchwBG regelt nicht für das ganze Schwerbeschädigtengesetz, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsverhältnis als vorübergehend anzusehen ist, sondern nur, unter welchen Voraussetzungen für vorübergehende Arbeitsverhältnisse Besonderheiten bei der Kündigung gelten. Gelegentlich wird gesagt, eine Beschäftigung sei nicht nur vorübergehend, wenn der Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wird.²⁾ Diese Darstellung ist nicht ganz zutreffend, da durchaus auch ein Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen werden kann, ohne dadurch einen vorübergehenden Charakter zu verlieren. Bei Aushilfsarbeitsverhältnissen Schwerbeschädigter von längerer Dauer erscheint es jedoch gerechtfertigt, sie nicht als nur vorübergehend anzusehen und diese Arbeitnehmer bei der Ermittlung der Mindestzahl von fünf Schwerbeschädigten mitzuzählen. Eine einwandfreie zeitliche Grenze, von der ab Aushilfsarbeitsverhältnisse als nicht nur vorübergehend gelten können, läßt sich allerdings nicht ziehen. Man wird jedoch z. B. einen schwerbeschädigten Aushilfsarbeitnehmer mitzählen müssen, der während der Dauer des Wehrdienstes eines ständigen Arbeitnehmers - also auf 1 1/2 Jahre - eingestellt wurde.

II. Aushilfsbeschäftigung und Mutterschutz

1. Allgemeines

Das Mutterschutzgesetz gilt nach seinem § 1 für alle Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Es ist also auch auf weibliche Aushilfskräfte anwendbar. Während

1) Rewolle, § 13 IV 1.

2) Becker, § 13 Anm. 6; Sellmann, § 13 Anm. 9.

der Schwangerschaft und nach der Niederkunft gelten daher für Frauen, die in einem Aushilfsarbeitsverhältnis stehen, die Beschäftigungsverbote im Zweiten Abschnitt des Mutterschutzgesetzes (§§ 3-8), welche die Beschäftigung mit bestimmten Arbeiten, die Beschäftigung während gewisser Zeiten und die Beschäftigung über eine bestimmte Dauer hinaus verbieten. Außerdem stehen ihnen auch die im Vierten Abschnitt des Mutterschutzgesetzes vorgesehenen Leistungen zu. Von besonderem rechtlichen Interesse für das Aushilfsarbeitsverhältnis ist § 8 MuSchG, der ein Kündigungsverbot für den Arbeitgeber während der Schwangerschaft und einer gewissen Zeit nach der Niederkunft ausspricht. Wegen der unterschiedlichen Rechtslage bei der Beendigung von befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen ist eine getrennte Erörterung für das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit und für die befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisse nötig.

2. Das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit

a) Die Kündigung

Das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit bedarf zu seiner Beendigung stets einer Kündigung. Gegenüber Frauen ist eine Kündigung aber gem. § 9 Abs. I MuSchG während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Niederkunft unzulässig, wenn dem Arbeitgeber die Schwangerschaft oder Niederkunft bekannt ist oder innerhalb einer Woche nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Erfolgt eine Kündigung, obwohl die Voraussetzungen des § 9 Abs. I MuSchG vorliegen, so ist sie nicht nur unwirksam, sondern stellt darüber hinaus nach § 20 MuSchG eine Straftat dar, die allerdings nur auf Verlangen des Gewerbeaufsichtsamtes verfolgt wird. Diese sehr strenge gesetzliche Regelung erscheint im Falle des Aushilfsarbeitsverhältnisses nicht sehr glücklich, da sie in aller Regel zu einem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses weit über die vorgesehene Zeit hinaus führen wird. § 9 MuSchG sieht jedoch keine Sonderregelung für vorübergehende Arbeitsverhältnisse vor, so daß es auch für das Aushilfsarbeitsverhältnis bei dem generellen Kündigungsverbot bleibt. Ebenso dürfte die Möglichkeit, daß die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde in besonderen Fällen die Kündigung ausnahmsweise für zulässig erklären kann, bei Aushilfsarbeitsverhältnissen nicht allzuoft weiterhelfen. Nach den bei Theuerkauf zusammengestellten Fällen können im allgemeinen nur kleine Betriebe, wenn die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin nach Wegfall des Aushilfsbedürfnisses eine ganz besondere Belastung darstellt, mit der Erlaubnis zur Kündigung rechnen. 1)

Die Zielsetzung des § 9 MuSchG ist für eine Anwendung der Vorschrift auf das Aushilfsarbeitsverhältnis nicht sehr einleuchtend. Durch § 9 MuSchG soll die durch

1) Theuerkauf, MuSchG, § 9 Anm. 7.

eine Kündigung während der Schutzzeit eintretende psychische Belastung der Arbeitnehmerin vermieden und ihre materielle Existenz sichergestellt werden; außerdem möchte man verhindern, daß der Arbeitgeber die Schwangerschaft zum Anlaß einer Kündigung nimmt. ¹⁾ Die psychische Belastung ist für eine ständige Arbeitnehmerin, die regelmäßig nicht auf eine Kündigung gefaßt ist, wesentlich größer als für eine Aushilfsarbeitnehmerin, die von vornherein weiß, daß sie nur auf wenige Wochen oder Monate beschäftigt wird und die deshalb darauf eingestellt ist, daß ihr gekündigt wird, sobald das Aushilfsbedürfnis endet. Die Kündigung gegenüber einer Schwangeren braucht ihren Ursprung auch nicht unbedingt in der Schwangerschaft zu haben, sondern kann durchaus auch auf der Beendigung des Aushilfsbedürfnisses beruhen. Die Bestimmung des § 9 MuSchG ist jedoch so eindeutig gefaßt, daß eine dahingehende Auslegung, für Aushilfsarbeitnehmerinnen könne eine Ausnahme gelten, nicht in Frage kommt. Da eine Kündigung beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 MuSchG ausgeschlossen ist, ist es von großer Bedeutung, ob der Arbeitgeber u.U. die Möglichkeit hat, den Arbeitsvertrag gegenüber einer schwangeren Aushilfsarbeitnehmerin nach § 119 Abs. II BGB oder § 123 BGB anzufechten. - Sinn und Zweck des Mutterschutzgesetzes stehen einer Anfechtung des Arbeitsvertrages nicht entgegen; denn dieses will nur das gültige Arbeitsverhältnis schützen, nicht dagegen den Abschluß des Arbeitsvertrages selbst. ³⁾ Eine Anfechtung kann allerdings nur in Frage kommen, wenn die Schwangerschaft bereits bei Abschluß des Arbeitsvertrages bestand. Tritt die Schwangerschaft bei bestehendem Arbeitsverhältnis ein, so war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder ein Irrtum noch eine arglistige Täuschung über diesen Umstand möglich.

b) Die Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages nach § 119 Abs. II BGB

Nach § 119 Abs. II BGB ist eine Anfechtung dann zulässig, wenn sich der Arbeitgeber beim Vertragsschluß in einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin befand. Darüber, daß die Schwangerschaft nicht allgemein als verkehrswesentlich angesehen werden kann, besteht Einigkeit. ⁴⁾ Dies ist schon aus der Existenz des Mutterschutzgesetzes zu entnehmen, dessen Kündigungsschutz durch eine schrankenlose Zulassung der Irrtumsanfechtung praktisch beseitigt würde. Aller-

1) Hueck-Nipperdey I, S. 729 f; Nikisch I, S. 810; Bulla, MuSchG, § 9 Anm. 1; Theuerkauf, MuSchG, § 9 Anm. 1; Köst, MuSchG, § 9 Anm. 1.

2) Die h. M. hält die Anfechtung des Arbeitsvertrages für zulässig, mit der Einschränkung, daß sie nach Antritt der Arbeit nur ex-nunc Wirkung haben kann. Vgl. u. a. BAG, AP Nr. 2 und 15 zu § 123 BGB; Hueck-Nipperdey I, S. 183 ff; Bulla, MuSchG, § 5 Anm. 81 und die dortigen zahlreichen Nachweise.

3) BAG, BB 1962, 1435 f.

4) BAG, AP Nr. 2 zu § 9 MuSchG; Bulla, MuSchG, § 5 Anm. 84; Aye, MuSchG, § 9 I 4 b.

dings sind Fälle denkbar, bei denen sich die Schwangerschaft für das beabsichtigte Arbeitsverhältnis und dessen Durchführung in einer Weise auswirkt, daß sie als verkehrswesentliche Eigenschaft angesehen werden muß. ¹⁾ Das wird im allgemeinen dann der Fall sein, wenn eine bestehende Schwangerschaft das Arbeitsverhältnis besonders stark erschwert oder gar unmöglich macht. Als Beispielsfälle lassen sich Einstellungen für Tätigkeiten denken, die wegen § 4 MuSchG für werdende Mütter verboten sind. Bei ständigen Arbeitnehmerinnen ist vorstellbar, daß sie bis zum Wegfall des Beschäftigungsverbotes auf einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden. Bei Aushilfsarbeitsverhältnissen ist der Einstellungszweck dagegen meist überhaupt nie erreichbar, wenn die Arbeitnehmerin wegen der bestehenden Schwangerschaft nicht auf dem Arbeitsplatz eingesetzt werden kann, für den das Aushilfsbedürfnis besteht. Als verkehrswesentliche Eigenschaft muß die Schwangerschaft auch dann gelten, wenn das vereinbarte Aushilfsarbeitsverhältnis weitgehend in die gesetzliche Arbeitspause des Mutterschutzgesetzes fällt, ²⁾ die Arbeitnehmerin also während des größten Teils des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitsplatz fernbleiben wird. Stellt der Arbeitgeber für derartige Tätigkeiten eine Arbeitnehmerin in Unkenntnis der bestehenden Schwangerschaft ein, so dürfte regelmäßig der Irrtum über die bestehende Schwangerschaft für die Einstellung ursächlich gewesen sein und es ist anzunehmen, daß er bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles den Arbeitsvertrag nicht abgeschlossen hätte.

c) Die Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages nach § 123 BGB

Wichtiger als die Irrtumsanfechtung, die nur in den seltenen Fällen, in denen die Schwangerschaft als verkehrswesentliche Eigenschaft angesehen werden kann, möglich ist, ist die Anfechtung nach § 123 BGB. Sie ist dann gegeben, wenn der Arbeitgeber zu seiner, den Abschluß des Arbeitsvertrages herbeiführenden Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt wurde. Im Gegensatz zur Anfechtung nach § 119 Abs. II BGB setzt die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung stets voraus, daß der Arbeitnehmerin die bestehende Schwangerschaft bekannt war, da sie andernfalls über diesen Umstand nicht täuschen kann.

Die Täuschung wird regelmäßig dadurch erfolgen, daß die bestehende Schwangerschaft verschwiegen wird. Ob in diesem Verschweigen eine arglistige Täuschung liegt, hängt davon ab, ob für die Arbeitnehmerin überhaupt eine Offenbarungspflicht über diesen Umstand besteht. Grundsätzlich ist dies nicht der Fall; im Vordergrund steht vielmehr die Erkundigungspflicht des Arbeitgebers. ³⁾ Wird die Arbeitnehmerin also nicht nach einer bestehenden Schwangerschaft gefragt, so braucht sie in der Regel nicht von sich aus darauf hinzuweisen.

1) Bulla, MuSchG, § 5 Anm. 83; Köst, MuSchG, § 9 Anm. 55.

2) Vgl. BAG, BB 1962, 1345 f.

3) Bulla, MuSchG, § 5 Anm. 89; Endemann, BB 1953, 260; Frey, AuR 1953, 168.

Eine Ausnahme muß in den bei der Erörterung des § 110 Abs. II EGB erwähnten Fällen gelten, wenn die Schwangerschaft die Durchführung des Ausbittsarbeitsverhältnisses wegen bestehender Beschäftigungsverbote unmöglich macht. Weiß die Arbeitnehmerin, daß sie die vereinbarte Tätigkeit wegen der Verbote des Mutterschutzgesetzes nicht leisten darf, so stellt das Verschweigen der Schwangerschaft, auch wenn nicht danach gefragt wurde, eine arglistige Täuschung dar. ¹⁾

Kann die beabsichtigte Tätigkeit dagegen während einer Schwangerschaft durchgeführt werden, so ist der vorgesehene Vertragszweck auch durch eine schwangere Arbeitnehmerin erreichbar. In diesem Fall besteht für die Arbeitnehmerin keine Veranlassung, ihren Zustand von sich aus zu offenbaren. Nur die bewußt wahrheitswidrige Beantwortung der Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft könnte eine arglistige Täuschung darstellen. Bulla will in diesen Fällen jedoch keine arglistige Täuschung annehmen, weil er auf dem Standpunkt steht, daß eine Offenbarungspflicht nicht durch eine bloße Frage begründet werden könne. ²⁾ Nikisch betrachtet eine derartige Frage als unberechtigtes Eindringen in die Intimsphäre und will deshalb bei einem Ableugnen der Schwangerschaft wider besseres Wissen die "aufgenötigte Täuschung" nicht als arglistig ansehen. ³⁾ Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Eine bestehende Schwangerschaft ist für ein beabsichtigtes Arbeitsverhältnis von so grundlegender Bedeutung, daß der Arbeitgeber, in dessen Nutzen der Mutterschutz überwiegend geht, ein Recht darauf hat, auf seine Frage über diesen Umstand eine wahrheitsgemäße Antwort zu erhalten. Dies muß für das Ausbittsarbeitsverhältnis in noch stärkerem Maße gelten als beim ständigen Arbeitsverhältnis. ⁴⁾ Die Ausbittsarbeiterin, die einem besonderen Personalhunger abhelfen soll, fällt nämlich u. U. nicht nur schon während der Mangelsituation selbst als Arbeitskraft aus, sondern - und das wird meist schwerwiegender sein - ihr darf bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Niederkunft nicht gekündigt werden, obwohl im allgemeinen schon längst kein Ausbittsbedarf mehr besteht und die Arbeitnehmerin vielleicht gar nicht mehr beschäftigt werden kann.

1) Hueck-Nipperdey I, S. 733; Nikisch I, S. 814; Bulla, § 5 Anm. 89-91.

2) Bulla, MuSchG, § 5 Anm. 16.

3) Nikisch I, S. 815. Es erscheint mir nicht richtig, wenn Nikisch aufgrund der Zwangslage, in der sich eine Schwangere befindet, das Ableugnen der Schwangerschaft als "aufgenötigte Täuschung" ansieht. Dies wird der Sachlage nicht gerecht, da den Arbeitgeber keine Schuld an dieser Zwangslage trifft. Er ist ein völlig unbeteiligter Dritter, der nicht verpflichtet ist, der Schwangeren beizustehen. Es ist mit unserer Rechtsordnung nicht vereinbar, daß sich jeder, der sich in einer unangenehmen Lage befindet, auf Kosten anderer mit Mitteln der Täuschung daraus befreien können soll.

4) Für das ständige Arbeitsverhältnis wird dies bejaht von Hueck-Nipperdey I, S. 733; BAG, AP Nr. 15 zu § 123 BGB mit zust. Anm. von Larenz.

d) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß der Arbeitgeber beim Abschluß eines Aushilfsarbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit mit einer bereits bei Vertragsschluß schwangeren Arbeitnehmerin jederzeit in der Lage ist, für ihn unangemessene Folgen des Mutterschutzgesetzes abzuwenden. Erfährt er von der bestehenden Schwangerschaft beim Abschluß des Arbeitsvertrages, so kann er, falls die Vereinbarung einer Befristung nicht möglich ist, auf die Einstellung überhaupt verzichten. Tut er dies nicht, so nimmt er den Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes bewußt in Kauf. Fragt der Arbeitgeber bei der Einstellung nicht nach einer Schwangerschaft und liegt kein Fall vor, in dem der Schwangeren auch ohne Frage eine Offenbarungspflicht obliegt, hat er sich die besondere Belastung durch das Kündigungsverbot des § 9 MuSchG selbst zuzuschreiben. Wird die Frage trotz bestehender Schwangerschaft verneint, so hat er ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB und in manchen Fällen nach § 119 Abs. II BGB. Tritt die Schwangerschaft dagegen nach Abschluß des Arbeitsvertrages ein, so lassen sich gewisse Härten für den Arbeitgeber nicht vermeiden. Eine Anfechtung kann nicht erfolgen, es bleibt also beim Kündigungsverbot des § 9 Abs. I MuSchG. In diesen Fällen wäre es jedoch wünschenswert, daß die für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörden der besonderen Situation beim Aushilfsarbeitsverhältnis Rechnung tragen, wenn es um die Zulässigkeitsklärung für eine Kündigung geht.

3. Das befristete Aushilfsarbeitsverhältnis

Beim befristeten Aushilfsarbeitsverhältnis ist die Rechtslage unproblematisch. Da es automatisch endet, spielt das Kündigungsverbot des § 9 MuSchG praktisch keine Rolle. Es kommt nur dort in Frage, wo ein Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Höchstbefristung bereits vor Eintritt des automatischen Endes gekündigt werden soll. Auch diese Kündigung ist bei bestehender Schwangerschaft nur nach der besonderen behördlichen Erlaubnis des § 9 Abs. II MuSchG möglich. Bezüglich einer Anfechtung des Arbeitsvertrages gilt dasselbe, was bereits oben für das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit angeführt wurde.

DIE BETRIEBSVERFASSUNGSRECHTLICHE STELLUNG AUSHILFSWEISE BESCHÄFTIGTER PERSONEN

1. Die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes

Die Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes auf Aushilfsarbeitskräfte setzt voraus, daß sie Arbeitnehmer im Sinne des § 4 BetrVG sind. Vor allem wegen der Herausnahme der leitenden Angestellten durch § 4 Abs. 1c BetrVG deckt sich der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes nicht völlig mit dem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff. Grundsätzlich ist jedoch vom allgemeinen Begriff des Arbeitnehmers auszugehen, ¹⁾ da § 4 BetrVG keine eigentliche Definition gibt. Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines Arbeitsvertrages oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist. ²⁾ Die Definitionen der einzelnen Autoren sind zwar nicht ganz einheitlich, jedoch sind die jeweiligen Abweichungen nur unbedeutend.

Aus der angeführten Definition ergibt sich, daß auch die aushilfsweise beschäftigten Personen dem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff unterfallen. Wie jeder andere Arbeitnehmer sind auch sie aufgrund eines Arbeitsvertrages oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet. Die Tatsache, daß ihre Verpflichtung zur Arbeit nur vorübergehend ist, hat keinen Einfluß auf die Arbeitnehmereigenschaft. ³⁾

Auch für die Arbeitnehmereigenschaft nach dem Betriebsverfassungsgesetz ist nicht entscheidend, ob die Einstellung für eine ständige oder eine vorübergehende Beschäftigung erfolgte. Das zeigt sich schon daran, daß das Betriebsverfassungsgesetz, das sonst nur allgemein von Arbeitnehmern spricht, dort, wo es vorübergehend Beschäftigte ausnehmen will, dies selbst zum Ausdruck bringt. So legt § 8 Abs. 1 BetrVG ausdrücklich fest, daß ein Betriebsrat in allen Betrieben gebildet wird, die in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, von denen drei wahlbar sind. Bei der Ermittlung dieser Mindestzahl sind also die nur vorübergehend beschäftigten Arbeitnehmer auszunehmen. Ähnlich liegt es dort,

1) Dietz, BetrVG, § 4 Anm. 6; Fitting-Kraegeloh, § 4 Anm. 3; Hueck-Nipperdey II, S. 702.

2) vgl. u. a. Dietz bei Hueck-Nipperdey-Dietz, § 1 Anm. 8; Dietz, BetrVG, § 4 Anm. 7; Hueck-Nipperdey I, S. 34 ff; Dersch, AR-Blattei, Der Begriff "Arbeitnehmer"; BAG, AP Nr. 3 zu § 554 ZPO; etwas abweichend Nikisch I, S. 91 ff vom Standpunkt der Eingliederungstheorie.

3) vgl. auch RAG in ARS 34, 324.

wo das Gesetz auf die Zahl der "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmer abstellt. 1)

Die gelegentlich vertretene Ansicht, 2) die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sei zu verneinen, wenn die Tätigkeit so geringfügig ist, daß keine Sozialversicherungspflicht besteht, ist unzutreffend. Sicherlich kann man dem Schluß zustimmen, daß dort, wo Versicherungspflicht besteht, regelmäßig auch die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen ist. Nicht schlüssig ist dagegen die umgekehrte Annahme; der § 5 BetrVG hebt ausdrücklich hervor, daß die Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes nicht versicherungspflichtig zu sein brauchen. 3)

Im Ergebnis ist also festzuhalten, daß auch die Aushilfsarbeitnehmer als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gelten. Das bedeutet, daß sie dieselbe betriebsverfassungsrechtliche Stellung wie die übrigen Arbeitnehmer haben, abgesehen von den im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen, auf die im folgenden eingegangen werden soll.

2. Das Wahlrecht der Aushilfsarbeitnehmer zum Betriebsrat

a) Das aktive Wahlrecht

Da die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes für aus-hilfsweise beschäftigte Personen bejaht wurde, steht ihnen auch das aktive Wahlrecht bei den Betriebsratswahlen zu, wenn sie die übrigen Voraussetzungen des § 6 BetrVG erfüllen, also das 18. Lebensjahr vollendet haben, im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sind und am Tage der Wahl dem Betrieb angehören. Bei mehrtägigen Wahlen genügt es, wenn der Aushilfsarbeitnehmer am letzten Wahltag Belegschaftsangehöriger ist. 4) Wird ihm das Wahlrecht verweigert, so kann dies gem. § 18 BetrVG zur Anfechtung der Wahl führen. Allerdings kommt eine Anfechtung nur in Frage, wenn durch die Verweigerung des Wahlrechts das Wahlergebnis geändert oder beeinflusst werden konnte. Diese Voraussetzung wird meist nur erfüllt sein, wenn mehrere Aushilfsarbeitnehmer von der Wahl ausgeschlossen wurden, da eine einzelne Stimme selten mehr als einen optischen Einfluß auf das Wahlergebnis hat.

1) §§ 8 Abs. I, 9 Abs. I, 60 Abs. I, 67 Abs. I, 72 Abs. I BetrVG.

2) Hess, BB-Beilage zu Heft Nr. 4/1957 und 1959; Fitting-Kraegeloh, § 4 Anm. 5.

3) ebenso Dietz, BetrVG § 4 Anm. 21; Maus, § 4 Anm. 13.

4) Dietz, BetrVG § 6 Anm. 8.

b) Das passive Wahlrecht

Im Gegensatz zum aktiven Wahlrecht kommt das passive Wahlrecht für Aushilfsarbeitnehmer nur selten in Frage, jedoch ist es nicht völlig ausgeschlossen. Nach § 7 BetrVG haben alle Wahlberechtigten das passive Wahlrecht, die das 21. Lebensjahr vollendet haben, ein Jahr dem Betrieb angehören und das Wahlrecht für den deutschen Bundestag besitzen. Von den letzteren beiden Voraussetzungen kann allerdings in Ausnahmefällen Abstand genommen werden, wenn zwischen der Mehrheit der Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber hierüber eine Verständigung herbeigeführt wird. Vor allem die Voraussetzung der einjährigen Betriebszugehörigkeit schließt Aushilfsarbeitnehmer in aller Regel vom passiven Wahlrecht aus.¹⁾ Sind jedoch Fälle denkbar, in denen auch ein Aushilfsarbeitsverhältnis die Dauer eines Jahres übersteigt. Erinnert sei an den Fall der Einstellung eines Aushilfsarbeitnehmers zur Vertretung eines ständigen Arbeitnehmers, der seinen Wehrdienst ableisten muß.

Die Voraussetzung der einjährigen Betriebszugehörigkeit ist bei Aushilfsarbeitnehmern dagegen nicht erfüllt, wenn sie sich nur aus der Addition einzelner Aushilfsstätigkeiten im selben Betrieb ergibt. Es gibt Betriebe, die beim Ausreten eine Aushilfsbedürfnisse immer wieder auf dieselben Aushilfskräfte zurückgreifen, wobei jedes Mal ein neues Aushilfsarbeitsverhältnis begründet wird, nach dessen Beendigung eine Zeit keinerlei rechtliche Beziehungen mehr bestehen. Wenn auf diese Weise im Laufe der Jahre rechnerisch insgesamt eine einjährige Betriebszugehörigkeit zusammenkommt, so wird dadurch die Voraussetzung der einjährigen Betriebszugehörigkeit im Sinne des § 7 BetrVG nicht erfüllt.¹⁾

Liegen bei einem Aushilfsarbeitnehmer jedoch die Voraussetzungen der Wahlbarkeit des § 7 BetrVG vor, so steht die Tatsache, daß es sich nur um eine vorübergehende Anstellung handelt, einer Wahl nicht entgegen. Wird ein Aushilfsarbeitnehmer in den Betriebsrat gewählt, so wird während seiner zweijährigen Amtszeit (vgl. § 21 BetrVG) praktisch stets die Frage einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Bedeutung. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt gem. § 24 BetrVG zum Erlöschen der Mitgliedschaft im Betriebsrat und gem. § 25 BetrVG zum Nachrücken eines Ersatzmitgliedes. Unproblematisch ist die Frage der Beendigung beim befristeten Arbeitsverhältnis. Mit Ablauf der vereinbarten Zeit bzw. mit Erreichung des vertraglich festgelegten Zweckes erlischt das Arbeitsverhältnis und damit die Mitgliedschaft im Betriebsrat. Schwieriger ist die Rechtslage beim Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit, das zu seiner Beendigung einer Kündigung bedarf. Gem. § 13 KSchG ist nämlich die Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied unzulässig. Ausnahmen gelten nur für den Fall der Stilllegung eines Betriebes oder

1) ebenso für den ähnlich liegenden Fall der Saisonarbeitnehmer, Dietz, BetrVG, § 7 Anm. 8 b; Fitting-Kraegeloh, § 7 Anm. 17; Galperin-Siebert, § 7 Anm. 9.

einer Betriebsabteilung sowie beim Vorliegen eines Grundes, der den Arbeitgeber nach dem Gesetz zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt. Der Sinn des § 13 KSchG besteht darin, daß das Betriebsratsmitglied die notwendige Unabhängigkeit für die Ausübung seines Amtes hat und nicht aus Furcht vor Entlassung an der Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen gehindert wird; außerdem soll der Arbeitgeber sich nicht unbequemer Betriebsratsmitglieder durch eine Kündigung entledigen dürfen. ¹⁾

Diese Gründe treffen nicht zu, wenn einem Aushilfsarbeitnehmer, der Betriebsratsmitglied ist, wegen der Beendigung des Aushilfsbedürfnisses gekündigt wird. Daher erscheint es nicht gerechtfertigt, daß auch in diesem Fall durch § 13 KSchG die Kündigung ausgeschlossen wird. Die Ausnahme des § 13 Abs. I KSchG, wonach die Kündigung zulässig ist, wenn der Arbeitgeber nach dem Gesetz ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt ist, hilft allerdings nicht weiter. Durch den Wegfall des Aushilfsbedürfnisses und damit der Beschäftigungsmöglichkeit wird nämlich nur der Weg zur ordentlichen Kündigung frei, nicht dagegen zu einer fristlosen Kündigung. ²⁾ Zur Lösung des Problems könnte man an eine analoge Anwendung des § 13 Abs. II und III KSchG denken. Diese Vorschriften lassen Ausnahmen vom Kündigungsverbot des § 13 Abs. I KSchG zu, falls ein Betrieb oder eine Betriebsabteilung stillgelegt wird. Der Grund hierfür liegt darin, daß es durch die Stilllegung an einer weiteren Beschäftigungsmöglichkeit in dem betreffenden Betrieb fehlt und bei der Betriebsstilllegung auch eine weitere Wirkungsmöglichkeit für den Betriebsrat entfällt. Die Situation ist bei einem Aushilfsarbeitnehmer insofern ähnlich, als mit dem Wegfall des Aushilfsbedürfnisses möglicherweise keine weitere Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht. Jedoch ist die Ähnlichkeit m.E. nicht so groß, daß in analoger Anwendung des § 13 Abs. II und III KSchG die Kündigung gegenüber einem Aushilfsarbeitnehmer, der Betriebsratsmitglied ist, als zulässig angesehen werden kann, wenn das Aushilfsbedürfnis endet.

3. Aushilfsarbeitnehmer und ständige Arbeitnehmer

Gem. § 8 BetrVG besteht eine Pflicht zur Bildung eines Betriebsrates, wenn neben der Erfüllung anderer Voraussetzungen eine bestimmte Mindestzahl ständiger Arbeitnehmer beschäftigt wird. Bei der Ermittlung dieser Mindestzahl müssen Aushilfsarbeitnehmer außer Betracht bleiben, auch wenn ihr Arbeitsverhältnis von erheblicher Dauer ist; denn ihre Beschäftigung ist stets vorübergehender Natur. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimm-

1) Hueck, KSchG, § 13 Anm. 1.

2) vgl. auch LAG Hamm, AP 52 Nr. 201 mit Anm. Hueck.

te Zeit eingegangen wird. 1) Selbst wenn die Aushilfe von so erheblicher Dauer ist, daß der Aushilfsarbeitnehmer das passive Wahlrecht erlangt, wird er nicht zum ständigen Arbeitnehmer. Weder das aktive noch das passive Wahlrecht besagen etwas dafür, ob eine Beschäftigung ständig ist oder nicht. 2)

4. Aushilfsarbeitnehmer und die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer

Das Betriebsverfassungsgesetz stellt in verschiedenen Vorschriften auf die Zahl der "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmer ab. 3) Entscheidend ist also nicht der zufällige Beschäftigungsstand an einem bestimmten Stichtag, sondern das Beschäftigungsbild des sich in regelmäßiger Tätigkeit befindlichen Betriebes. 4) Das bedeutet grundsätzlich, daß Aushilfsarbeitnehmer nicht mitzuzählen sind. Die häufigsten Gründe für die Einstellung von Aushilfskräften, wie Schlussverkäufe und der erhöhte Arbeitsanfall vor hohen Feiertagen, bringen nur eine so vorübergehende Erhöhung der Zahl der Arbeitsplätze mit sich, daß dadurch keine Änderung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer eintritt. Dasselbe gilt stets, wenn ein Aushilfsarbeitnehmer zur Vertretung eines vorübergehend ausgefallenen ständigen Arbeitnehmers eingestellt wurde; denn die regelmäßige Zahl der Arbeitsplätze wird nicht verändert. Nur wenn in einem Betrieb regelmäßig eine bestimmte Zahl von Aushilfsarbeitnehmern beschäftigt wird, gehören auch sie zum normalen Beschäftigungsbild und sind bei der Ermittlung der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer mitzuzählen. 5)

5. Die Sondervvertretung der nicht ständig beschäftigten Arbeitnehmer

Wegen der vorübergehenden Natur des Aushilfsarbeitsverhältnisses gehören die Aushilfsarbeitnehmer zu den nichtständigen Arbeitnehmern im Sinne des § 20 Abs. I BetrVG. Nach dieser Vorschrift wählen die nichtständigen Arbeitnehmer, die nach der Wahl des amtierenden Betriebsrates eingestellt wurden, ein bis drei Sondervetreter, wenn sich die Zahl der Belegschaftsangehörigen durch ihre Einstellung gegenüber dem Wahltag um mehr als das Doppelte, mindestens aber um 20 nichtstän-

1) ebenso Dietz, BetrVG § 8 Anm. 6; a. A. Erdmann § 8 Anm. 2.

2) vgl. Dietz, BetrVG § 8 Anm. 22.

3) §§ 8 Abs. I, 9 Abs. I, 60 Abs. I, 67 Abs. I, 72 Abs. I BetrVG; ebenso §§ 15, 21 KSchG.

4) so Dietz, BetrVG § 8 Anm. 9; Hueck, KSchG, § 15 Anm. 3; Galperin-Siebert, § 8 Anm. 6; Hueck-Nipperdey II, S. 703, Note 22.

5) vgl. Dietz, BetrVG § 9 Anm. 8; Galperin-Siebert, § 9 Anm. 3.

dige Arbeitnehmer, darunter fünf Wahlberechtigte, vorübergehend erhöht hat. Dadurch soll auch den Arbeitnehmern, die nach der letzten Betriebsratswahl vorübergehend eingestellt wurden, die Vertretung ihrer Belange ermöglicht werden. 1) Die nichtständigen Arbeitnehmer, die bereits zur Zeit der letzten Betriebsratswahlen im Betrieb beschäftigt waren, sind bei der Wahl der Sondervertreter nicht wahlberechtigt, da sie bereits bei der vorausgegangenen Betriebsratswahl auf die Wahrnehmung ihrer Interessen Einfluß nehmen konnten. 2)

Durch den Umstand, daß die Zahl der Arbeitnehmer vorübergehend auf mehr als das Doppelte steigen muß, dürfte es praktisch ausgeschlossen sein, daß allein durch die Einstellung von Aushilfsarbeitnehmern die Voraussetzungen für die Wahl einer Sondervertretung geschaffen werden. Es läßt sich kaum ein Betrieb denken, der in solchem Ausmaß zusätzliche Arbeitsplätze für Aushilfskräfte zur Verfügung hat. Das Hauptanwendungsgebiet des § 20 Abs. I BetrVG liegt bei den Saisonbetrieben, die für die Zeit der Saison einen erheblichen zusätzlichen Bedarf an Arbeitskräften haben. 3) Bei der Ermittlung, ob die in § 20 Abs. I BetrVG vorausgesetzte Zahl nichtständiger Arbeitnehmer erreicht ist, sind im Betrieb beschäftigte Aushilfsarbeitnehmer, die nach der letzten Betriebsratswahl eingestellt wurden, jedoch selbstverständlich mitzuzählen.

Die Wahlberechtigung steht allen nichtständigen Arbeitnehmern zu, die nach der letzten Betriebsratswahl eingestellt wurden und die Voraussetzungen des § 6 BetrVG erfüllen. Die Wählbarkeit ist an die besonderen Voraussetzungen des § 7 BetrVG geknüpft, jedoch kommt es auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit nicht an.

Die Stellung der Sondervertreter ist nicht mit derjenigen des Betriebsrates zu vergleichen. Sie bilden kein Vertretungsorgan innerhalb der Betriebsverfassung, sondern sind in der Erfüllung ihrer Aufgaben vom Vorhandensein eines Betriebsrates abhängig, den sie in Fragen, welche die Interessen der nichtständigen Arbeitnehmer berühren, gem. § 35 BetrVG zu beraten haben. 4)

1) eine ähnliche Vorschrift findet sich für die regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer in § 22 BetrVG.

2) Dietz, BetrVG § 20 Anm. 14; Fitting-Kraegeloh, § 20 Anm. 8, 17; Galperin-Siebert, § 20 Anm. 9; Hueck-Nipperdey II, S. 755.

3) Nicht hierher gehören Betriebe, die überhaupt nur für die Dauer der Saison oder Kampagne tätig sind, da die Arbeitnehmer hier nicht vorübergehend, sondern für die Dauer des Betriebes selbst eingestellt sind. Vgl. Dietz, BetrVG, § 20 Anm. 4; Galperin-Siebert, § 20 Anm. 7; Hueck-Nipperdey II, S. 754 Note 3.

4) Dietz, BetrVG § 20 Anm. 10, 18; Galperin-Siebert, § 20 Anm. 13 ff; Fitting-Kraegeloh § 20 Anm. 27.

bezüglich der Dauer der Amtszeit der Sondervertreter gilt für Aushilfsarbeitnehmer, die als Vertreter der nichtständigen Arbeitnehmer gewählt wurden, nichts Besonderes.¹⁾ Es soll deshalb nur ein Fall erwähnt werden, der - soweit ersichtlich - in der Literatur nicht behandelt wird. Es kann durchaus einmal vorkommen, daß ein Aushilfsarbeitnehmer, der sich als besonders tüchtig erweist, eine ständige Anstellung bekommt. Erfolgt diese Übernahme in ein ständiges Arbeitsverhältnis noch während der Zeit, in welcher der Aushilfsarbeitnehmer Sondervertreter der nichtständigen Arbeitnehmer ist, muß dies zur Beendigung eines Amtes als Sondervertreter und gem. §§ 26 Abs. I, 25 BetrVG zum Nachrücken eines Ersatzmitgliedes führen. Das ergibt sich aus § 26 Abs. I BetrVG i. V. mit § 24 BetrVG, da ein Fall des Verlustes der Wahlbarkeit vorliegt. Voraussetzung der Wahlberechtigung ist gem. § 20 Abs. I BetrVG nämlich unter anderem die nichtständige Beschäftigung. Da ein ständiger Arbeitnehmer nicht die Wahlberechtigung zur Sondervertretung besitzt, fehlt es ihm auch an der Wahlbarkeit, da diese gem. §§ 20 Abs. I, 27 BetrVG die Wahlberechtigung voraussetzt.

9. K A P I T E L :

DIE STELLUNG DER AUSHILFSARBEITNEHMER IN DER SOZIALVERSICHERUNG

I. Allgemeines

Bei der Beschäftigung von Aushilfsarbeitnehmern bereiten sozialversicherungsrechtliche Fragen immer wieder erhebliche Schwierigkeiten, was vor allem an der uneinheitlichen Regelung für die verschiedenen Versicherungszweige liegt. Eine übersichtliche Regelung wäre wünschenswert, da der Gesichtspunkt, ob für einen Aushilfsarbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden müssen oder nicht, maßgebend dafür sein kann, ob überhaupt eine Aushilfskraft eingestellt wird, weil der Arbeitgeber in der Regel die Hälfte der Beiträge zu tragen hat. Im folgenden sollen die für Aushilfsarbeitnehmer im Rahmen der einzelnen Versicherungszweige geltenden Besonderheiten dargestellt werden.

II. Aushilfsarbeitnehmer in der gesetzlichen Krankenversicherung

In § 168 RVO ist eine Reihe versicherungsfreier Dienstleistungen aufgeführt, unter ihnen auch bestimmte Formen des Aushilfsarbeitsverhältnisses.²⁾ § 168 RVO liegt

1) vgl. § 26 Abs. I BetrVG und die einschlägigen Kommentare.

2) Gem. § 15 RKG gilt für die knappschaftliche Krankenversicherung dasselbe.

allerdings in zwei verschiedenen Fassungen vor, und es ist streitig, welche Fassung wo anzuwenden ist. Die Vorschriften der Reichsversicherungsordnung über die Versicherungspflicht wurden mehrfach geändert, der § 168 RVO letztmalig durch die 1. Verordnung zur Vereinfachung des Leistungs- und Beitragsrechts in der Sozialversicherung vom 17. 3. 1945.¹⁾ Als die Verordnung in dem am 11. 4. 1945 in Berlin erschienenen Reichsgesetzblatt veröffentlicht wurde, war die frühere amerikanische und französische, sowie ein Teil der britischen Zone bereits von den alliierten Truppen besetzt. Zum Inkrafttreten eines Gesetzes war gem. Art. 71 der Weimarer Verfassung erforderlich, daß das Reichsgesetzblatt ausgegeben wurde, worunter nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁾ zu verstehen ist, daß es "zum Zwecke der Beförderung und Verteilung" bei dem Postzeitungsamt eingeliefert wurde. Dieser Zweck war aber für die besetzten Gebiete nicht mehr zu erreichen, woraus der Schluß gezogen wird, daß die Verordnung in der früheren amerikanischen und französischen Zone nicht in Kraft trat. Für die ehemals britische Zone wurde das Problem dadurch gelöst, daß durch Erlaß der Militärregierung die Verordnung für die britische Zone als gültig bestimmt wurde,³⁾ so daß für dieses Gebiet der § 168 RVO in seiner neuen Fassung gilt. Diese Fassung wird auch in Bayern angewandt.⁴⁾ Im übrigen ist streitig, ob die §§ 168 ff n. F. RVO im ganzen Bundesgebiet⁵⁾ oder nur in der ehemals britischen Zone und in Bayern Gültigkeit besitzen.⁶⁾ Eine Klärung dieser Frage liegt nicht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung. Da in der Praxis ganz überwiegend die neue Fassung der §§ 168 ff RVO angewandt wird, soll der Schwerpunkt auch auf die Behandlung dieser Fassung gelegt werden. Im Hinblick auf die ungewisse Rechtslage wird jedoch auch die abweichende alte Fassung kurz dargestellt.

Gem. § 168 Abs. 1 n. F. RVO bleiben Dienstleistungen versicherungsfrei, wenn sie von Personen, die sonst nicht berufsmäßig als Arbeitnehmer tätig sind, nur gelegentlich, insbesondere zu gelegentlicher Aushilfe, ausgeführt werden. Als gelegentliche Dienstleistung gilt dabei eine Beschäftigung, die nach der Natur der Sache auf weniger als drei Monate beschränkt zu sein pflegt oder im voraus durch den Arbeitsvertrag beschränkt ist.

Die Versicherungsfreiheit kann also nur solche Aushilfsarbeitnehmer betreffen, die sonst nicht berufsmäßig als Arbeitnehmer tätig sind. Für die Entscheidung, ob je-

1) vgl. dazu und zum folgenden: Peters, Vorbem. 4 vor § 165 RVO; BSG E 3, 161.

2) RGSt 57, 49 und 404; abweichend das Bundesverfassungsgericht (NJW 63, 1443) für die heutige Rechtslage.

3) Erlass vom 18. 11. 1946, ArbBL BZ 1947 S. 144.

4) vgl. bei Peters, Vorbem. 4 vor § 165 RVO.

5) so wohl BSG E 3, 161; ebenso Töns, BB 1957, 616.

6) Peters, Vorbem. 4 vor § 165 RVO; wohl auch Brackmann, S. 301 ff.

mand sonst berufsmäßig tätig ist, sind vor allem folgende Merkmale maßgebend:¹⁾

Der zeitliche Zusammenhang mit einer früheren berufsmäßigen Tätigkeit. Die Absicht, weiterhin eine abhängige Beschäftigung auszuüben. Außerdem ist der Zweck einer Aushilfsbeschäftigung zu berücksichtigen. Dient sie ganz oder überwiegend der Bestreitung des Lebensunterhaltes, so deutet dies auf eine berufsmäßige Beschäftigung hin. Es kommen also hauptsächlich solche Aushilfsarbeitnehmer für die Versicherungsfreiheit gem. § 168 Abs. 1 n. F. RVO in Betracht, die gewöhnlich vom Ertrag ihres Vermögens, von Renten, Pensionen und Unterhaltsleistungen Dritter leben, also Rentner, Pensionäre, Hausfrauen, Schüler und Studenten. ²⁾ Arbeitslose bzw. beim Arbeitsamt als Arbeitsuchende gemeldete Personen sind dagegen im allgemeinen als sonst berufsmäßig tätig anzusehen, da bei ihnen die Berufstätigkeit, an deren Ausübung sie nur durch die Situation auf dem Arbeitsmarkt vorübergehend gehindert sind, nach wie vor die Grundlage der wirtschaftlichen Stellung bildet. ³⁾

Der Kreis derjenigen Aushilfsarbeitnehmer, die nach § 168 Abs. 1 n. F. RVO versicherungsfrei sind, wird dadurch noch weiter eingeschränkt, daß nur diejenigen sonst nicht berufsmäßig tätigen Aushilfsarbeitnehmer der Vorbesitz unterfallen, deren Beschäftigung eine gelegentliche Dienstleistung im Sinne des § 168 Abs. 1 n. F. RVO darstellt. Eine solche gelegentliche Dienstleistung liegt einmal dann vor, wenn die Aushilfstätigkeit durch den Arbeitsvertrag auf weniger als drei Monate beschränkt ist. Hierzu zählen alle zeitlich befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisse, die vor dem Ablauf von drei Monaten enden, und zwar auch diejenigen, bei denen die zeitliche Schranke nicht unmittelbar datumsmäßig im Arbeitsvertrag angegeben ist, jedoch aus den Umständen von Anfang an datumsmäßig festgelegt werden kann. Zu den gelegentlichen Dienstleistungen in diesem Sinne gehören aber auch die Aushilfsarbeitsverhältnisse, deren Dauer nach der Natur der Sache auf weniger als drei Monate beschränkt zu sein pflegt. Das ist bedeutsam für die zweckbefristeten Aushilfsarbeitsverhältnisse und die Aushilfsarbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit. Bei beiden läßt sich das datumsmäßige Ende nicht von vornherein bestimmen, jedoch ist oft aus Zweck und Beschaffenheit des Aushilfsbedürfnisses ersichtlich, daß das Arbeitsverhältnis in weniger als drei Monaten sein Ende finden wird, und zwar je nach der vertraglichen Gestaltung automatisch oder durch eine ordentliche Kündigung. Besteht Ungewißheit darüber, ob das Aushilfsarbeitsverhältnis in weniger als drei Monaten beendet sein wird, so besteht von Anfang an Versicherungspflicht, da sich nicht sagen läßt, daß die Dienstleistung nach der Natur der Sache auf weniger als drei Monate beschränkt zu sein pflegt.

1) Böhner, Betr. 1959, 1030.

2) Brackmann, S. 316.

3) ebenda.

Deshalb ist bei allen Aushilfsarbeitsverhältnissen mit einer angegebenen Höchstdauer von über drei Monaten keine Versicherungsfreiheit gegeben. Sie können zwar schon durch eine Kündigung vor Ablauf von drei Monaten enden, jedoch ist aus der Angabe einer Höchstdauer von über drei Monaten ersichtlich, daß Unge-
wißheit darüber besteht, ob der Arbeitszweck in weniger als drei Monaten erreichbar ist.

Wird bei einem Aushilfsarbeitsverhältnis zunächst berechtigterweise angenommen, daß es nach der Natur der Sache auf eine Dauer von weniger als drei Monaten beschränkt ist, während es tatsächlich länger dauert, so tritt dadurch nicht eine rückwirkende Versicherungspflicht ein, sondern die Versicherungspflicht beginnt mit dem auf den Ablauf der Dreimonatsfrist folgenden Tage gem. § 168 Abs. 1 n. F. RVO.

Nicht selten leistet dieselbe Person im Laufe eines Jahres mehrfach gelegentliche Aushilfe. Zu denken ist etwa an eine Verkäuferin, die zwar nach ihrer Heirat nicht mehr berufstätig ist, aber regelmäßig an den Schlußverkäufen sowie vor Weihnachten und Ostern jeweils ca. 14 Tage bei ihrem früheren Arbeitgeber aus-
hilft. Die einzelne Tätigkeit fällt unter den Begriff der gelegentlichen Dienstleistung, da sie jeweils weit unter drei Monaten bleibt. Die mehrfachen kurzzeitigen Arbeitsverhältnisse können, auch wenn man sie zusammen betrachtet, nicht als berufsmäßige Tätigkeit angesehen werden, da sie für die wirtschaftliche Stellung des Arbeitnehmers von untergeordneter Bedeutung sind. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen die immer wieder erfolgende Aushilfsbeschäftigung, obwohl das einzelne Arbeitsverhältnis unter drei Monaten bleibt, den Begriff der berufsmäßigen Tätigkeit erfüllt, so daß für die betreffende Aushilfskraft auch bei kurzzeitiger Beschäftigung Versicherungspflicht besteht. Eine Entscheidung darüber, wo die Grenze für den Beginn einer berufsmäßigen Tätigkeit liegt, kann nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles getroffen werden.

Für Aushilfsarbeitnehmer, die nach § 168 RVO nicht versicherungsfrei sind, greift die Sonderregelung für unständig Beschäftigte nach §§ 441 ff RVO ein, wenn ihr Arbeitsverhältnis nach der Natur der Sache auf weniger als eine Woche beschränkt zu sein pflegt oder im voraus durch den Arbeitsvertrag beschränkt ist.

Alle Aushilfsarbeitnehmer, die nicht die in diesen Ausführungen dargelegten Voraussetzungen des § 168 RVO für die Versicherungsfreiheit erfüllen, sind in der Krankenversicherung genauso zu behandeln wie jeder andere Arbeitnehmer auch.

Wie bereits angekündigt, soll auch noch kurz die Rechtslage dargestellt werden, die sich bei der Anwendung der §§ 168 ff a. F. RVO ergibt. Bei der Frage der berufsmäßigen Tätigkeit bestehen zwar wortlautmäßige Unterschiede zwischen der alten und der neuen Fassung des § 168 RVO, jedoch deckt sich der Sinngehalt der

Vorschriften in dieser Frage weitgehend, so daß auf die bei der Darstellung des § 168 n. F. RVO gemachten Ausführungen verwiesen werden kann. Der grundlegende Unterschied beider Vorschriften liegt in der zeitlichen Dauer, die ein Aushilfsarbeitsverhältnis höchstens haben darf, um noch versicherungsfrei zu bleiben. Während sie bei § 168 n. F. RVO weniger als drei Monate betragen muß, sind bei § 168 a. F. RVO nur Aushilfsarbeitsverhältnisse von weniger als einer Woche versicherungsfrei. Bei derartig großen Unterschieden zeigt sich, von welcher Bedeutung es sein kann, ob § 168 RVO in seiner alten oder neuen Fassung zur Anwendung kommt. Es ist allerdings anzunehmen, daß dieses Problem in absehbarer Zeit im Rahmen der Neuregelung des Krankenversicherungsrechts beseitigt wird.

III. Aushilfsarbeitnehmer in der gesetzlichen Unfallversicherung

Bei der gesetzlichen Unfallversicherung gelten für Aushilfsarbeitnehmer keine Besonderheiten. In § 537 Ziff. 1 RVO ist bestimmt, daß alle aufgrund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisses Beschäftigten gegen Arbeitsunfälle versichert sind. Da Aushilfsarbeitnehmer regelmäßig aufgrund eines Arbeitsverhältnisses beschäftigt sind und § 541 RVO, der die Versicherungsfreiheit regelt, für sie keine Ausnahme vorsieht, genießen sie im Betrieb sowie bei den sogenannten Wegeunfällen (§ 543 RVO) denselben Versicherungsschutz wie jeder andere Arbeitnehmer auch.

IV. Aushilfsarbeitnehmer in der gesetzlichen Rentenversicherung

Die Rentenversicherung sieht wie die Krankenversicherung für bestimmte Personen und Beschäftigten, für deren Verhältnisse die Versicherung nicht paßt, Versicherungsfreiheit vor. Auch für bestimmte Formen des Aushilfsarbeitsverhältnisses wurden Ausnahmen getroffen, die für Arbeiter in § 1228 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. II und III RVO und für Angestellte in § 4 Abs. 1 Ziff. 6, Abs. II und III AVG in gleichlautenden Vorschriften geregelt sind.¹⁾ Danach sind solche Aushilfsarbeitnehmer versicherungsfrei, die berufsmäßig eine die Versicherungspflicht begründende Tätigkeit nicht ausüben, wenn die Aushilfstätigkeit im Laufe eines Jahres seit ihrem Beginn auf nicht mehr als zwei Monate oder insgesamt fünfzig Arbeitstage nach der Natur der Sache beschränkt zu sein pflegt oder im voraus durch den Arbeitsvertrag beschränkt ist. Diese Regelung ist insofern unerfreulich, als sie sich nicht mit den

1) § 30 RKG besagt bei leicht abweichendem Wortlaut dasselbe.

Vorschriften über die Versicherungsfreiheit in der Krankenversicherung deckt. ¹⁾ So kann es vorkommen, daß für einen Arbeitnehmer in dem einen Versicherungszweig Versicherungspflicht, in dem anderen aber Versicherungsfreiheit bestehen kann.

Zwischen § 168 RVO und den §§ 1228 RVO, 4 AVG besteht wortlautmäßig ein kleiner Unterschied in der Frage der berufsmäßigen Tätigkeit. Während § 168 n. F. RVO von Personen spricht, die sonst berufsmäßig nicht als Gefolgschaftsmitglieder tätig sind, fehlt in den rentenversicherungsrechtlichen Vorschriften das Wort "sonst". Beide Fassungen werden jedoch gleich ausgelegt, ²⁾ so daß insoweit auf die im Rahmen der Krankenversicherung gemachten Ausführungen verwiesen werden kann. ³⁾

Der wesentliche Unterschied zur Versicherungsfreiheit in der Krankenversicherung liegt in der Zeitdauer, auf die das Aushilfsarbeitsverhältnis nach der Natur der Sache oder dem Arbeitsvertrag beschränkt sein muß, falls es in der Rentenversicherung versicherungsfrei bleiben soll. Diese Zeitdauer darf im Laufe eines Jahres seit Beginn der Aushilfstätigkeit - gemeint ist also das Zeitjahr, nicht das Kalenderjahr - nicht mehr als zwei Monate oder insgesamt 50 Arbeitstage betragen. Liegt die voraussichtliche Zeitdauer höher, so besteht von Anfang an Versicherungspflicht. Wird der Zeitraum von zwei Monaten bzw. fünfzig Arbeitstagen dagegen wider Erwarten überschritten, so tritt vom Zeitpunkt der Überschreitung an - also nicht rückwirkend - gem. §§ 1228 Abs. III RVO, 4 Abs. III AVG Versicherungspflicht ein.

Die angegebene Dauer von zwei Monaten oder 50 Arbeitstagen muß sinnvollerweise so verstanden werden, daß bei einer durchgehenden Beschäftigung, wenn also an fünf oder mehr Tagen in der Woche gearbeitet wird, die Frist von zwei Monaten maßgebend ist, während bei einer länger andauernden Beschäftigung, die immer nur für einen oder wenige Tage erfolgt und dann kurzzeitig unterbrochen wird, die fünfzig Arbeitstage entscheidend sind. ⁴⁾

Sehr streitig ist dagegen, ob mehrere aufeinanderfolgende Aushilfsarbeitsverhältnisse zusammenzurechnen sind oder ob jedes für sich zu betrachten ist. ⁵⁾ Die

1) § 169 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung schließt sich bei der Regelung der Versicherungsfreiheit von Aushilfsbeschäftigungen an das Recht der Rentenversicherungen an. Vgl. Oden Dahl, Die Beiträge 1960, 106.

2) vgl. Brackmann, S. 624 a; Figge, BB 1961, 412; Töns BB 1957, 616.

3) vgl. oben S. 57 f

4) so auch Haase, Die Beiträge 1960, S. 35; Figge, BB 1961, 413; Beuner, S. 7.

5) Grundsätzlich für Zusammenrechnung, Jahn, Wege zur Sozialversicherung 1958, S. 4; Töns, BB 1957, 616; für Zusammenrechnung, wenn zwischen den einzelnen Beschäftigungen ein rechtlicher Zusammenhang besteht, Brackmann, S. 624 a; Beuner, S. 7; Haase, Die Beiträge 1960, S. 35; gegen eine Zusammenrechnung Figge, BB 1961, 412 f.

h. M. tritt für eine Zusammenrechnung ein, falls zwischen den einzelnen Beschäftigungen ein rechtlicher Zusammenhang besteht. Bei nur tatsächlichem Zusammenhang oder bei einer Beschäftigung bei verschiedenen Arbeitgebern wird die Zusammenrechnung dagegen überwiegend abgelehnt. Zur Begründung wird angeführt, daß die §§ 1228 RVO, 4 AVG die Worte "Beschäftigung und Tätigkeit" sowie "Nebenbeschäftigung und Nebentätigkeit" nur in der Einzahl und nicht in der Mehrzahl gebrauchen. Dieses Argument ist m. E. nicht sehr brauchbar, da die Vorschrift in der Einzahl wortlautmäßig wesentlich besser erscheint und zum anderen bei einer Fassung in der Mehrzahl die Auffassung naheläge, daß ein einzelnes Aushilfsarbeitsverhältnis, auch wenn es länger als zwei Monate oder 50 Arbeitstage dauert, versicherungsfrei bliebe. Außerdem wird gegen die Zusammenrechnung eingewandt, daß es für einen Arbeitgeber praktisch kaum möglich sei, festzustellen, ob die Aushilfskraft bereits vor Aufnahme der gegenwärtigen Beschäftigung im Laufe des letzten Jahres bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt war. Soweit beide Beschäftigungen im selben Kalenderjahr liegen, dürfte dieses Argument meist durch die Eintragungen in der Lohnsteuerkarte entkräftet werden. Die Lösung des Problems ist m. E. dem Wortlaut der §§ 1228 RVO, 4 AVG zu entnehmen. Dort wird darauf abgestellt, daß die Aushilfstätigkeit im Laufe eines Jahres seit ihrem Beginn auf zwei Monate oder 50 Arbeitstage beschränkt sein muß, um versicherungsfrei zu bleiben. Die Aufnahme der Jahresfrist ins Gesetz spricht dafür, daß alle im Lauf eines Zeitjahres erfolgenden Aushilfstätigkeiten zusammenzurechnen sind.¹⁾ Andernfalls käme man dazu, daß z. B. für eine 2 1/2 monatige ununterbrochene Tätigkeit Versicherungspflicht besteht, während ein Aushilfsrentner, der im Laufe eines Jahres bei verschiedenen Arbeitgebern insgesamt 5 Monate tätig ist, versicherungsfrei bliebe, obwohl es doch auf der Hand liegt, daß mit zunehmender Beschäftigungsdauer die Bedeutung des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes zunimmt.

V. Die Arbeitslosenversicherung der Aushilfsarbeitnehmer

Für die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung ist gem. § 56 AVAVG im allgemeinen die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung maßgebend. Soweit also Aushilfsarbeitnehmer in der Krankenversicherung versicherungsfrei bleiben, gilt dies grundsätzlich auch für die Arbeitslosenversicherung. Bei krankenversicherungspflichtigen Aushilfsarbeitnehmern kann sich nach den §§ 57 ff AVAVG Versicherungsfreiheit für die Arbeitslosenversicherung ergeben. Dies gilt vor allem für über 65jährige Arbeitnehmer und Rentenbezieher (§ 57 AVAVG), geringfügig Beschäftigte (§ 66 AVAVG) und unständig Beschäftigte im Sinne des § 441 RVO (§ 67 AVAVG).

1) Ebenso Töns, BB 1957, 616.

10. K A P I T E L :

DIE BEENDIGUNG DES AUSHILFSARBEITSVERHÄLTNISSES

I. Allgemeines

Wie sich in der Rechtsprechung zeigt, entstehen gerade bei der Beendigung von Aushilfsarbeitsverhältnissen sehr viele Streitigkeiten, weil oft das befristete Aushilfsarbeitsverhältnis und das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit nicht klar genug auseinandergehalten werden. Soweit die Beendigung durch Kündigung erfolgt, besteht häufig keine Klarheit über die einzuhaltenden Fristen, da die einzelnen Arbeitnehmergruppen unterschiedlich zu behandeln sind.

Es fällt auf, daß die Frage der Beendigung von Aushilfsarbeitsverhältnissen beim Gesetzgeber eine gewisse Beachtung fand. Abgesehen von sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen finden sich in Gesetzen nur solche Vorschriften über das Aushilfsarbeitsverhältnis, die sich mit Fragen der Beendigung befassen. Dabei ist die verständliche Tendenz erkennbar, den umfassenden Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses beim Aushilfsarbeitsverhältnis einzuschränken. Mit dem Wesen des Aushilfsarbeitsverhältnisses ist ein "grundsätzliches Recht des Arbeitnehmers auf Beibehaltung seines Arbeitsplatzes"¹⁾ nicht vereinbar. Die regelmäßig kurzzeitige Dauer von Aushilfsbeschäftigungen verbietet es, den Arbeitgeber im selben Maße an das Arbeitsverhältnis zu binden, wie dies beim gewöhnlichen Arbeitsverhältnis der Fall ist. Das gilt um so mehr deshalb, weil das Aushilfsarbeitsverhältnis mit dem Wegfall des Aushilfsbedürfnisses seinen Sinn verliert, da für den Arbeitnehmer keine Arbeit mehr vorhanden ist. Außerdem ist für den Aushilfsarbeitnehmer in der Regel der Verlust des Arbeitsplatzes nicht so einschneidend wie für den ständigen Arbeitnehmer, der seinen ganzen Lebenszuschnitt auf seine Arbeitsstelle abstimmt. Mit zunehmender Beschäftigungsdauer nähert sich die Situation des Aushilfsarbeitnehmers immer mehr der des ständigen Arbeitnehmers. Diesem Umstand wird auch in der gesetzlichen Regelung Rechnung getragen.

II. Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit

1. Allgemeines

Das Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit trägt nicht von vornherein einen durch den Zweck oder die Zeit bestimmten Endzeitpunkt in sich, sondern zu seiner Beendigung bedarf es stets einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung,

¹⁾ Hueck-Nipperdey I, S. 628; Wiedemann, RdA 1961, 1.

der Kündigung, die besagt, daß das Arbeitsverhältnis ab einem bestimmten Zeitpunkt beendet sein soll. Das Ende des Aushilfsbedarfes führt also nicht automatisch zur Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit.

Im heutigen Recht ist die ordentliche Kündigung, soweit sie überhaupt zulässig ist,¹⁾ meist an ziemlich lange Fristen gebunden, die für das Aushilfsarbeitsverhältnis selten zu sinnvollen Ergebnissen führen würden. Mehrere gesetzliche Bestimmungen tragen deshalb der besonderen Situation beim Aushilfsarbeitsverhältnis Rechnung. Bedeutsam für die Rechtslage bei der Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit ist vor allem, ob die Parteien eine Kündigungsfrist vereinbart haben und welcher Arbeitnehmergruppe ein Aushilfsarbeitsnehmer angehört. Die folgende Darstellung berücksichtigt allerdings nur die Rechtslage nach den gesetzlichen Vorschriften. In der Praxis werden sich durch Tarifverträge Abweichungen ergeben.

2. Aushilfsarbeitsverhältnisse mit vereinbarter Kündigungsfrist

a) Die Sonderregelung der §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG 2)

Grundsätzlich ist für Handlungsgehilfen, gewerbliche Angestellte und leitende technische Angestellte im Bergbau gem. §§ 69 HGB, 133 a GewO, 88 AllBergG eine Kündigung zum Schluß eines Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer sechswöchigen Kündigungsfrist möglich. Gem. §§ 67 HGB, 133 ab GewO, 88 a AllBergG können abweichende Kündigungsfristen vereinbart werden, jedoch dürfen sie nicht weniger als einen Monat betragen, müssen für beide Teile gleich lang sein, und die Kündigung darf nur zum Schluß eines Kalendervierteljahres zugelassen werden. Vor allem die Mindestkündigungsfrist von einem Monat erscheint für das meist kurzzeitige Aushilfsarbeitsverhältnis nicht brauchbar. In den §§ 67 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG sind für das Aushilfsarbeitsverhältnis Ausnahmen vorgesehen. Nach diesen Vorschriften braucht die Mindestkündigungsfrist von einem Monat nicht eingehalten zu werden und die Kündigung braucht auch nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erfolgen, es sei denn, daß das Arbeitsverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Die Kündigungsfristen müssen jedoch auch in diesem Fall für beide Teile gleich sein. Dieses Erfordernis ist jedoch bestritten und die wohl h. M. steht auf dem Standpunkt, daß für den Arbeitnehmer eine kürzere Kündigungsfrist ausbedungen werden kann als für den Arbeitgeber, da es sich um eine Schutzbestimmung zugunsten des Arbeitnehmers handle.³⁾ Allerdings

1) Das Kündigungsschutzgesetz schränkt die Zulässigkeit der Kündigung stark ein. Vgl. unten S. 67 f.

2) Zum Personenkreis, der diesen Vorschriften unterfällt, vgl. oben S. 23, Fußnote 2.

3) so u. a. RGZ 68, 317; RAG, ARS 16, 477; Kommentare zu § 67 HGB; Molitor, Die Kündigung, S. 170; Kaskel-Dersch, S. 217; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Vorbem. vor § 620, Anm. 85.

hat auch die Gegenmeinung ¹⁾ durchaus beachtliche Argumente für ihre Ansicht auf Grund des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte der betreffenden Vorschriften.

Innerhalb der ersten drei Monate können also bei Aushilfsarbeitsverhältnissen auf unbestimmte Zeit, die den §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG unterfallen, beliebig kurze Kündigungsfristen vereinbart werden, ja es ist sogar möglich, jederzeitige Kündigung zu vereinbaren. Dies ist vor allem dort bedeutsam, wo das Ende des Aushilfsbedürfnisses kurzfristig eintreten kann. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall durch Vereinbarung einer Kündigungsfrist, die eine rasche Lösungsmöglichkeit gibt, rechtzeitig von Aushilfsarbeitnehmern, für die keine Arbeit mehr vorhanden ist, loskommen.

Sobald die Beschäftigungsdauer drei Monate übersteigt, gelten für Aushilfsarbeitsverhältnisse die allgemeinen Vorschriften der §§ 67 HGB, 133 aa GewO, 88 a AllBergG, so daß auch eine vereinbarte Kündigungsfrist mindestens einen Monat betragen muß und die Kündigung nur zum Ende eines Kalendermonats erfolgen kann.

b) Sonstige Arbeitnehmer

Bei den übrigen Arbeitnehmergruppen ergeben sich keine Schwierigkeiten, dem Aushilfsarbeitsverhältnis sinnvoll angepaßte Kündigungsvereinbarungen zu treffen. Für gewerbliche Arbeiter ist gem. § 122 GewO jede Kündigungsfrist zulässig. Dasselbe gilt gem. § 81 AllBergG für Bergleute.

Für alle übrigen Aushilfsarbeitnehmer gelten die Vorschriften des BGB, insbesondere § 621 BGB. Diese Bestimmung ist abdingbar, ²⁾ so daß für das Aushilfsarbeitsverhältnis jederzeit befriedigende Regelungen getroffen werden können. Auch die in den sonstigen Vorschriften verlangte Voraussetzung, daß die Kündigungsfristen für beide Teile gleich sein müssen, entfällt bei einer Kündigungsvereinbarung auf Grund des § 621 BGB. Mißbraucht der Arbeitgeber sein wirtschaftliches Übergewicht allerdings zu einer offensichtlich ungerechten Vereinbarung, so ist diese wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. ³⁾

1) Hueck-Nipperdey I, S. 568 ff; Nikisch I, S. 714 ff; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 216; Lohmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, S. 593.

2) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 621 Anm. 5; RAG, ARS 23, 119.

3) Hueck-Nipperdey I, S. 514; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Vorbem. 84 vor § 620 BGB.

3. Aushilfsarbeitsverhältnisse ohne Kündigungsvereinbarung

Versaunten die Vertragspartner bei Vertragsschluß, Abreden über Kündigungsfrist und Kündigungszeitpunkt zu treffen, so ist es nicht einfach, zu einer für das Aushilfsarbeitsverhältnis sinnvollen Lösung zu kommen. Es ist naheliegend, die gesetzlichen Kündigungsfristen für die entsprechenden Arbeitnehmergruppen anzuwenden.¹⁾ Sie sind jedoch in aller Regel so sehr auf das gewöhnliche, auf Dauer vorgesehene Arbeitsverhältnis abgestellt, daß sie mit dem Wesen des Aushilfsarbeitsverhältnisses meist unvereinbar sind. So wäre es durchaus möglich, daß im Falle der §§ 66 HGB, 133 a GewO, 88 AllBergG, bei denen eine Kündigung nur zum Ende eines Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen erfolgen kann, der überflüssig gewordene Arbeitnehmer noch ca. vier Monate im Betrieb behalten werden muß, wenn das Aushilfsbedürfnis kurz nach dem Kündigungszeitpunkt endet. Dieses nicht sehr befriedigende Ergebnis gab verschiedentlich Anlaß, nach einer anderen Lösung zu suchen, da die gesetzlichen Kündigungsvorschriften im allgemeinen für das Aushilfsarbeitsverhältnis nicht als dem Parteivollen entsprechend betrachtet werden.²⁾ Das wird immer dann der Fall sein, wenn durch dispositiven Vorschriften eine zeitliche Bindung festgelegt wird, die mit dem Wesen einer vorübergehenden Aushilfe unvereinbar ist. Dabei ist jedoch stets vom Einzelfall auszugehen. Der Versuch, zu generellen Regeln zu kommen, wurde der Vielfalt unterschiedlicher Gestaltungen in der Praxis nicht gerecht. Es kann durchaus Aushilfsarbeitsverhältnisse geben, bei denen wegen ihrer langen Dauer und sonstigen Gestaltung kein Anlaß besteht, von den Kündigungsfristen der §§ 66 HGB, 133 a GewO, 88 AllBergG anzugehen.³⁾ Nur die Mehrzahl aller Aushilfsarbeitsverhältnisse, deren Dauer im allgemeinen kaum die Länge der Kündigungsfristen erreicht, wie sie z. B. § 66 oder § 67 HGB und die entsprechenden Vorschriften der GewO oder des AllBergG vorsehen, muß eine andere Lösungsmöglichkeit gefunden werden. Während die h. M. in diesen Fällen beim Fehlen einer Kündigungsvereinbarung im Zweifel eine fristlose Kündigung als gewollt ansieht,⁴⁾ treten einige Autoren für die Anwendung des § 621 BGB ein.⁵⁾

1) Staub-Bondi, § 69 Anm. 2; Würdinger, § 69 Anm. 2; Rewolle-Köst, HGB, § 69 Anm. 2; Trabandt, BB 1951, 535.

2) Walter, S. 58; Nikisch I, S. 718; Hueck-Nipperdey I, S. 575; Molitor, Die Kündigung, S. 172, Fußnote 48.

3) Bei Aushilfsarbeitsverhältnissen von über dreimonatiger Dauer, die diesen Vorschriften unterfallen, kann günstigstenfalls eine Kündigungsfrist von einem Monat in Frage kommen, gem. §§ 67 HGB, 133 aa GewO, 88 a AllBergG.

4) Hueck-Nipperdey I, S. 575; Nikisch I, S. 717 f; Molitor, Die Kündigung, S. 172 Note 48; Walter, S. 58.

5) Titze, Ehrenbergs Handbuch, 2. Bd., S. 687; Düringer-Machenzburg, § 69 Anm. 1.

M. E. ist die Anwendung von § 621 BGB vorzuziehen. Eine der wesentlichsten Aufgaben des Arbeitsrechts ist es, den wirtschaftlich meist schwachen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber, der sich in einer wesentlich stärkeren Position befindet, zu schützen. Diese Funktion braucht im Falle des Aushilfsarbeitsverhältnisses nicht völlig außer Betracht zu bleiben. Der Arbeitgeber soll nur insoweit von Belastungen durch Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers frei bleiben, als sie dem Wesensbild des Aushilfsarbeitsverhältnisses nicht entsprechen und unzumutbar sind. Deshalb scheint mir die grundsätzliche Annahme einer fristlosen Kündigung mit der Tendenz unseres Arbeitsrechtes nicht vereinbar zu sein. Die Regelung des § 621 SGB, die eine Abstufung der Kündigungsfristen nach den Zeiträumen vorsieht, nach denen die Vergütung bemessen wird, befriedigt mehr, da im allgemeinen ein gewisser Zusammenhang zwischen einem solchen Zeitraum und der Dauer eines Aushilfsarbeitsverhältnisses bestehen wird. 1) Bei der Annahme, daß eine fristlose Kündigung beim Fehlen einer Kündigungsvereinbarung im Zweifel als gewollt anzusehen ist, wird m. E. auch zu sehr auf die Interessenlage des Arbeitgebers abgestellt. Vom Standpunkt des Arbeitnehmers aus wird nämlich eine fristlose Kündigung im Zweifel nicht gewollt sein. In der Regel sollte daher m. E. von § 621 BGB ausgegangen werden. Eine fristlose Kündigung wird nur selten dem Willen beider Parteien entsprechen.

4. Die Bedeutung des Kündigungsschutzes im Aushilfsarbeitsverhältnis

Der Gesetzgeber trug der schwachen wirtschaftlichen Stellung des Arbeitnehmers über die Setzung bestimmter Kündigungsfristen hinaus noch dadurch Rechnung, daß er die Kündigungsfreiheit einschränkte, um den Arbeitnehmer in möglichst **weitem** Umfang vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes zu schützen. Gem. § 1 KSchG ist eine Kündigung nur dann rechtswirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist. Dieses hohe Maß an Bestandschutz scheint für das Aushilfsarbeitsverhältnis wenig geeignet. Die gesetzliche Regelung ist auch so ausgestaltet, daß dem besonderen Charakter des Aushilfsarbeitsverhältnisses ohne große Schwierigkeiten Rechnung getragen werden kann. Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes sind nämlich erst dann anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer länger als sechs Monate ohne Unterbrechung im selben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt ist. Da die meisten Aushilfsarbeitsverhältnisse von wesentlich kürzerer Dauer sind, werden sie von den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes nicht betroffen.

1) Das trifft in dieser Allgemeinheit allerdings nur für die Angestellten zu. Da die Arbeiter in der Regel Stundenlohn beziehen, kann ihnen an jedem Tag zum Ende des folgenden Tages gekündigt werden, gem. § 621 Abs. I BGB. Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 572, Note 4.

Soweit ein Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit jedoch länger dauert als sechs Monate, unterläßt es dem Kündigungsschutzgesetz in vollem Umfange, d. h. nur eine sozial gerechtfertigte Kündigung ist rechtswirksam. Damit ergibt sich die Frage, ob die Kündigung eines Aushilfsarbeitsverhältnisses dann sozial gerechtfertigt ist, wenn das Aushilfsbedürfnis endet.

§ 1 Abs. II KSchG legt die Voraussetzungen fest, unter denen eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Zu diesen Voraussetzungen zählt u. a., daß die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Das ist bei einem Aushilfsarbeitnehmer mit Wegfall des Aushilfsbedürfnisses der Fall. Von diesem Zeitpunkt an ist er überflüssig geworden, der Betrieb hat für ihn keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr, die Kündigung ist also sozial gerechtfertigt.

Im Verhältnis zu den ständigen Arbeitnehmern kann sich der Aushilfsarbeitnehmer auch nicht darauf berufen, daß der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu Entlassenden soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat (vgl. § 1 Abs. III KSchG). Beim Wegfall des Aushilfsbedürfnisses kommt nur die Entlassung von Aushilfskräften in Frage. Sie können sich nicht auf dem Umweg über soziale Gesichtspunkte auf Kosten eines ständigen Arbeitnehmers einen Arbeitsplatz verschaffen. Nur im Verhältnis von Aushilfsarbeitnehmern untereinander können soziale Gesichtspunkte, wie Dauer der betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienstand und wirtschaftliche Lage ¹⁾ berücksichtigt werden.

III. Die Beendigung des befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses

1. Allgemeines

Wie im 3. Kapitel der vorliegenden Untersuchung dargestellt wurde, ²⁾ gibt es neben dem Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit auch Aushilfsarbeitsverhältnisse, die auf bestimmte Zeit bzw. zur Erreichung eines bestimmten Zweckes eingegangen werden. In der Praxis werden sie sogar im Vordergrund stehen, da bei Aushilfsarbeitsverhältnissen in aller Regel von vornherein die Zeitdauer oder der Aushilfszweck festlegbar sind. Diese befristeten Arbeitsverhältnisse unterscheiden sich vor allem in der Frage der Beendigung grundlegend von den Aushilfsarbeitsverhältnissen auf unbestimmte Zeit. Zu ihrer Beendigung bedarf es nämlich keiner Kündigung, sondern sie enden automatisch durch Zeitablauf bzw. Zweckerreichung (vgl. § 620 BGB). Da es keiner Kündigung zur Beendigung bedarf, spielt

1) Beispiele bei Hueck, KSchG, § 1 Anm. 36 c; Herschel-Steinmann, § 1 Anm. 45.

2) s. o. S. 18 ff.

der mit dem Kündigungsrecht verbundene starke Bestandschutz beim befristeten Arbeitsverhältnis keine Rolle. ¹⁾ Das ist auch der Grund, warum befristete Arbeitsverhältnisse nur dann für zulässig gehalten werden, wenn ein vernünftiger, sachlich gerechtfertigter Grund für eine Befristung vorliegt, da andernfalls die Gefahr einer Umgehung des kündigungsrechtlichen Bestandschutzes besteht. Bei einem Aushilfsarbeitsverhältnis, dessen Ende durch Zeitablauf oder Zweckerreichung festgelegt werden kann, wurde das Vorliegen sachlich gerechtfertigter Gründe für eine Befristung oben bejaht. ²⁾

2. Die Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf bestimmte Zeit

Wurde ein Aushilfsarbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen, etwa vom 1. - 15. 7. oder für den Monat August, so endet es gem. § 620 Abs. I BGB mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, also am 15. 7. bzw. 31. 8. Das- selbe gilt auch für ein Aushilfsarbeitsverhältnis, wenn im Arbeitsvertrag der End- termin zwar nicht ausdrücklich genannt ist, die Zeitdauer jedoch trotzdem von vornherein feststeht. Zu denken ist beispielsweise an Aushilfsarbeitsverhältnisse für die Dauer der Saisonschlußverkäufe oder des Weihnachtsgeschäfts. In beiden Fällen steht das Ende von Anfang an datumsmäßig fest; denn die Senlaßverkaufs- termine sind behördlich festgesetzt, das Weihnachtsgeschäft endet am 24. Dezem- ber.

3. Die Beendigung des zweckbefristeten Aushilfs- arbeitsverhältnisses

Bei diesen Aushilfsarbeitsverhältnissen steht das Ende nicht von Anfang an datums- mäßig fest, sondern es ist an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft. ³⁾ Die Dauer dieser Arbeitsverhältnisse ist gem. § 620 Abs. II BGB aus der Beschaffen- heit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen. Mit Erreichung des vereinbarten Zwecks, bzw. der sich aus der Beschaffenheit des Arbeitsverhältnisses ergebenden Dauer endet das Arbeitsverhältnis, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Die Gleich- stellung dieser Arbeitsverhältnisse in der Frage der Beendigung mit den Arbeitsver- hältnissen auf bestimmte Zeit rechtfertigt sich daraus, daß der Arbeitnehmer den von Anfang an gesetzten Zweck und seine fortschreitende Verwirklichung stets vor

1) Anders ist es bei der Miete. Der Gesetzgeber stellte, was den Mieterschutz an- betrifft, befristete Mietverhältnisse den Mietverhältnissen auf unbst. Zeit gleich, vgl. § 1 Abs. II MSchG.

2) vgl. oben S. 19.

3) Beispiele hierzu sind oben S. 20 Anm. 3 angeführt.

sich nicht und so annähernd dieselbe Möglichkeit hat, das Ende des Dienstverhältnisses voranzusehen und sich wie bei zeitlicher Festlegung darauf einzurichten.¹⁾

Es gibt allerdings auch Fälle, in denen das Ende nur schwer vorhergesehen werden kann, so daß sich der Arbeitnehmer nicht gut predictend einrichten kann, sondern von der plötzlichen Beendigung überrascht wird. Dadurch wird ihm vor allem die Möglichkeit genommen, sich rechtzeitig um eine Anstellung in einem anderen Betrieb zu bemühen, so daß eine kurzzeitige Arbeitslosigkeit der Betroffenen kaum vermeidbar ist.

Dieses Problem hat Rechtsprechung und Lehre veranlaßt, unter Heranziehung des Gedankens der Fürsorgepflicht eine billige Lösung für beide Vertragspartner zu suchen.²⁾ Meist kann der Unternehmer die Lage wesentlich besser überblicken und beurteilen als der einzelne Arbeitnehmer, dessen Beurteilungsvermögen oft auf seinen Arbeitsplatz beschränkt ist und der die sonstige betriebliche Situation nicht kennt. In der Regel wird der Arbeitgeber daher vor dem Arbeitnehmer das bevorstehende Ende des Arbeitsverhältnisses erkennen. Die Fürsorgepflicht gebietet dem Arbeitgeber, den Arbeitnehmer vor vermeidbaren Schäden zu bewahren. Da solche Schäden – etwa eine vorübergehende Arbeitslosigkeit – bei einer schlagartigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durchaus möglich sind, ist der Arbeitgeber auf Grund seiner Fürsorgepflicht gehalten, das für ihn vorzusehende Ende auch dem Arbeitnehmer mitzuteilen, damit sich dieser rechtzeitig auf die Beendigung einstellen kann. Diese Mitteilung darf jedoch keineswegs als Schlichtung verstanden werden, sondern sie ist lediglich ein tatsächlicher Hinweis auf die baldige Beendigung des im Sinne einer Leistung vereinbarten Vertragszwecks. Unterläßt die Mitteilung schuldhaft, so macht sich der Arbeitgeber wegen Verletzung seiner Fürsorgepflicht schadensersatzpflichtig.

Tritt das Ende des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber genauso überraschend ein wie für den Arbeitnehmer, so liegt keine Verletzung einer Mitteilungspflicht seitens des Arbeitgebers vor. Soweit es jedoch dem Arbeitgeber zumutbar ist und

1) RAG, ARS 13, 10.

2) Hueck-Nipperdey I, S. 416 und 533; Nikisch I, S. 612; Mohrhor, Die Kündigung, S. 30; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 620 Anm. 12; Balla in Anm. zu AP 53 Nr. 7; RAG, ARS 31, 210 mit Anm. Hueck. Der Versuch einer gesetzlichen Regelung dieser Frage findet sich in § 91 Abs. II des Entwurfs eines Arbeitsverhältnisses-gesetzes von 1938.

die Lage des Arbeitnehmers dies verlangt, will man dem Arbeitnehmer in derartigen Fällen eine gewisse "Schonfrist" gewähren, ¹⁾ während der er noch - soweit möglich - mit anderen Arbeiten zu beschäftigen ist, um ihm für einige Zeit den Anspruch auf Arbeitsentgelt zu erhalten. Die Länge der Schonfrist hängt völlig vom Einzelfall ab, sie ist jedoch nach oben durch die Länge der gesetzlichen Kündigungsfrist begrenzt, die auf jeden Fall die notwendige Zeit zur Abwicklung der mit einer Lösung des Arbeitsverhältnisses verbundenen Fragen laßt. ²⁾ Beim Aushilfsarbeitsverhältnis wird das Verlangen nach einer Schonfrist deshalb auf Schwierigkeiten stoßen, weil mit dem Ende des Aushilfsbedürfnisses meist keine Arbeit mehr für den Aushilfsarbeitnehmer vorhanden ist. Beim Aushilfsarbeitsverhältnis wird es daher in der Regel von besonderer Bedeutung sein, ob die Gewährung einer Schonfrist für den Arbeitgeber zumutbar ist.

Soweit eine schuldhafte Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber vorliegt, ist bei mitwirkendem Verschulden des Arbeitnehmers eine Minderung der Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers anzunehmen. Das wird vor allem dann zutreffen, wenn der Arbeitnehmer nicht das ihm Zumutbare zur Abwendung eines Schadens unternommen hat. ³⁾

4. Das Problem der Kettenarbeitsverträge

Die Rechtsprechung hatte sich häufig mit Fällen zu befassen,⁴⁾ in denen mit einem Arbeitnehmer zunächst ein befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, der nach Fristablauf immer wieder nur für bestimmte Zeit verlängert wurde. Das Arbeitsverhältnis konnte auf diese Weise mehrere Jahre auf Grund einer Kette befristeter Arbeitsverträge andauern, bis der Arbeitgeber schließlich einmal keine Verlängerung mehr vornahm, so daß das Arbeitsverhältnis, das oft schon lange Zeit bestanden hatte, ⁵⁾ mit Ablauf der letzten Befristung, ohne daß es einer Kündigung bedurfte, endete. besonders häufig findet sich diese Praxis im öffentlichen Dienst, ⁶⁾ wo sie damit begründet wird, daß nicht immer übersehbar sei,

1) Hueck-Nipperdey I, S. 416 und 533; Nikisch I, S. 672; RAG, ARS 31, 210.

2) Hueck-Nipperdey I, S. 533.

3) vgl. LAG Gleiwitz, ARS 35, 46 mit zust. Anm. Hueck.

4) vgl. u. a. RAG, ARS 3, 3 und 114; 4, 360; 7, 504; 9, 350; 10, 549; 11, 233; 12, 51 und 95; 13, 42; 16, 66; 17, 396; 19, 272; 32, 174; BAG, AP Nr. 2, 3, 5, 10, 23 zu § 620 BGB, Befr. Arbeitsvertrag; LAG Stuttgart, ARS 19, 222; LAG Düsseldorf, ARS 32, 37; LAG München, AO 53 Nr. 71; LAG Freiburg, AP 53 Nr. 95; LAG Bremen, AP 54 Nr. 146.

5) vgl. den Fall LAG Stuttgart, ARS 19, 222, wo ein solches Arbeitsverhältnis 8 Jahre lang andauerte.

6) vgl. u. a. RAG, ARS 3, 114; 9, 350; 12, 51; 16, 66; 19, 222; 32, 174; BAG, AP Nr. 2, 3, 5, 10, 23 zu § 620 BGB, Befr. Arbeitsvertrag, AP Nr. 7, 14 zu § 1 KSchG; LAG Freiburg, AP 53 Nr. 95; LAG München, AP 53 Nr. 71.

wie lange Eramittel für den betreffenden Arbeitsplatz zur Verfügung stehen. Dieses Verfahren, eine ganze Kette befristeter Arbeitsverträge anzuschließen, steht naturgemäß im Widerspruch zu der Tendenz, andere Arbeit rechtlich nach möglichst umfassendem Bestandschutz für das Arbeitsverhältnis. Daher ist es verständlich, daß sich Rechtsprechung und Lehre schon sehr frühzeitig mit den Kettenarbeitsverträgen befaßten und nach Grenzen für ihre Gültigkeit suchten. Da sich beim Aushilfsarbeitsverhältnis immer wieder der Abschluß von Kettenverträgen vorfindet, sollen im folgenden kurz die Kriterien für die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit solcher Verträge dargestellt werden, die sich in Rechtsprechung und Schrifttum finden.

Nach der Auffassung des Reichsarbeitsgerichts waren Kettenverträge als ungültig anzusehen, wenn sie in der Absicht geschlossen wurden, zwingende Kündigungsschutzvorschriften zu umgehen.¹⁾ Einige Landesarbeitsgerichte nahmen an, daß dem Krieger an, daß es auf eine Umgehungsabsicht nicht ankomme, sondern bereits die objektive Umgehung ausreiche.²⁾ Dagegen wandte sich vor allem Hueck, der die Fürsorgepflicht als das maßgebende Kriterium zur Beurteilung der Gültigkeit von Kettenverträgen heranzieht.³⁾ Da Kettenverträge zu einer Beseitigung des Kündigungsschutzes führen, stellen sie nach seiner Auffassung eine Verletzung der Fürsorgepflicht dar, wenn nicht besondere wirtschaftliche oder sonstige Gründe den Abschluß wiederholter Zeitverträge als sozial gerechtfertigt erscheinen lassen. Böttcher hält das Prinzip der Unverzichtbarkeit des Bestandschlutzes für das geeignete Kriterium zur strengeren Durchsetzung des allgemeinen Kündigungsschutzes gegenüber den Kettenverträgen.⁴⁾ Molitor will den befristeten Arbeitsvertrag, wenn der Arbeitnehmer nach wiederholter Verlängerung mit einer weiteren kettenmäßigen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses rechnet, in einen Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit umdeuten.⁵⁾ Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Begründung gewechselt. Während es die Zulässigkeit von Kettenverträgen zunächst unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung der Vertragsfreiheit durch den Verfassungsgrundsatz der Sozialstaatlichkeit der Art. 20, 28 GG überprüfte,⁶⁾ wendet es seit dem Beschluß des Großen Senats vom 12. 10. 1960 zur Beurteilung und Lösung dieser Probleme den Begriff der Gesetzesumgehung an.⁷⁾ Das Bundesarbeitsgericht verlangt aber nicht wie früher das Reichsarbeitsgericht eine Umgehungsabsicht oder eine bewusste Miß-

1) RAG, ARS 32, 174 mit Nachweisen der früheren Rechtsprechung.

2) LAG Kiel, AP 52 Nr. 119; LAG Mannheim, AP 54 Nr. 101.

3) Hueck, Kettenverträge, RdA 1953, 85 ff.; Hueck-Nipperdey I, S. 535 ff.; ähnlich Nikisch I, S. 673.

4) Böttcher, BB 1955, 673 ff.

5) Molitor, BB 1954, 504; AR-Blattei, Kettenarbeitsverträge.

6) vgl. insbesondere BAG Nr. 7, 14 zu § 1 KSchG.

7) AP Nr. 16 zu § 620 BGB, Befr. Arbeitsvertrag.

achtung des Kündigungsschutzes. Es stellt vielmehr darauf ab, ob die Befristung objektiv funktionswidrig ist.

Auch diese Entscheidung konnte die Diskussion darüber, unter welchen Voraussetzungen Kettenverträge unzulässig sind, nicht beenden.¹⁾ Immerhin läßt sich feststellen, so verschiedenartig die Lösungsversuche auch sein mögen, daß sie doch fest durchweg zum selben Ergebnis führen. Man ist sich allgemein darüber einig, daß beim Vorliegen verständiger wirtschaftlicher oder sozialer Gründe der Abschluß von Kettenverträgen gerechtfertigt ist. Solange ein echtes Aushilfsbedürfnis vorhanden ist, lassen sich auch beim Aushilfsarbeitsverhältnis Situationen denken, die den Abschluß von Kettenverträgen rechtfertigen. Wurde ein Aushilfsarbeitnehmer z. B. zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks eingestellt, das Arbeitsverhältnis jedoch zeitlich befristet, so ist, wenn bei Ablauf der Frist der Arbeitszweck noch nicht erreicht ist, eine ein- oder mehrmalige Verlängerung des Arbeitsvertrages, bis der Arbeitszweck erreicht ist, sachlich gerechtfertigt. Dasselbe gilt, wenn bei der Beendigung eines befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses auf Grund eines neuen Aushilfsbedürfnisses mit demselben Arbeitnehmer ein weiteres befristetes Aushilfsarbeitsverhältnis eingegangen wird. Das kann sich mehrfach wiederholen. Allerdings kann man dabei zu einer Grenze kommen, an der sich zeigt, daß doch ein ständiger zusätzlicher Arbeitsbedarf besteht. Dann ist der Abschluß von Kettenverträgen aber nicht mehr sachlich gerechtfertigt, sondern ein verständiger Arbeitgeber würde in derartigen Fällen einen Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit abschließen. Wird der Arbeitnehmer trotzdem auf Grund von Kettenverträgen weiterbeschäftigt, so sind sie unwirksam. Das Arbeitsverhältnis endet dann nicht durch Fristablauf, sondern es kann nur durch eine Kündigung beendet werden.

IV. Die Beendigung der Aushilfsarbeitsverhältnisse mit angegebener Höchst- oder Mindestdauer

1. Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Höchstdauer

Diese Aushilfsarbeitsverhältnisse nehmen eine gewisse Zwischenstellung ein. Sie tragen sowohl Elemente des befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisses als auch des Aushilfsarbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit in sich. Die angegebene Dauer hat den Charakter einer Höchstbefristung. Spätestens mit ihrer Erreichung endet das Arbeitsverhältnis von selbst, ohne daß es noch einer Kündigung bedarf. Aber das Arbeitsverhältnis kann auch schon früher durch eine ordentliche Kündigung beendet werden. Innerhalb der durch die Befristung gesetzten Grenzen wird das Arbeits-

1) vgl. die Stellungnahmen von Hueck; Hueck-Nipperdey I, S. 535 ff, Anm. 37; Anm. zu AP Nr. 17 zu § 620 BGB, Befr. Arbeitsvertrag.

verhältnis also wie ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit behandelt. Wegen Einzelheiten kann auf die Ausführungen zur Beendigung der Aushilfsarbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit und der befristeten Aushilfsarbeitsverhältnisse verwiesen werden.

Walter will die §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG nicht anwenden, wenn die angegebene Höchstdauer über drei Monaten liegt.¹⁾ Diese Auffassung ist m. E. abzulehnen. Gegen sie spricht vor allem der Wortlaut der genannten Vorschriften. Sie stellen nämlich nicht darauf ab, ob die voraussichtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses von vornherein nicht über drei Monaten liegt, sondern ob das Arbeitsverhältnis über die Dauer von drei Monaten hinaus tatsächlich fortbesteht. Die Vereinbarung einer Höchstdauer läßt vor allem auch erkennen, daß durchaus mit einem vorzeitigen Ende des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist, so daß es m. E. nicht richtig ist, für die Anwendung der §§ 69 HGB, 133 ac GewO, 88 c AllBergG auf die Länge dieser Höchstdauer abzustellen.

2. Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Mindestdauer

Das Aushilfsarbeitsverhältnis mit angegebener Mindestdauer scheint auf den ersten Blick zu den befristeten Arbeitsverhältnissen zu gehören. In Wirklichkeit handelt es sich jedoch um ein Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit, das frühestens zum Ablauf der angegebenen Mindestdauer gekündigt werden darf. Erfolgt zu diesem Zeitpunkt keine Kündigung, so läuft es - sofern noch ein Aushilfsbedürfnis besteht - als gewöhnliches Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit weiter.

V. Der Zeugnisanspruch des Aushilfsarbeitnehmers

Bei der Beendigung des Aushilfsarbeitsverhältnisses wird die Frage bedeutsam, ob auch der Aushilfsarbeitnehmer einen Anspruch auf Zeugniserteilung hat. Diese Frage ist für Aushilfsarbeitnehmer, die Handlungsgehilfen sind, gem. § 73 HGB und für diejenigen, welche als gewerbliche Arbeiter tätig sind, gem. § 113 GewO einfach zu beantworten; da diese Vorschriften keine Einschränkungen für Aushilfsarbeitnehmer vorsehen, haben die ihnen unterfallenden Aushilfsarbeitnehmer einen Anspruch auf Zeugniserteilung.

Schwieriger ist die Rechtslage bei den übrigen Arbeitnehmern, deren Zeugnisanspruch sich nach § 630 BGB richtet. Nach dieser Vorschrift kann der Dienstverpflichtete vom Dienstberechtigten nämlich nur bei der Beendigung eines dauernden

¹⁾ Walter, S. 51, allerdings ohne Begründung.

Dienstverhältnisses ein schriftliches Zeugnis fordern. Der Wortlaut scheint für Aushilfsarbeitnehmer einen Zeugnisananspruch völlig auszuschließen; denn es ist ja gerade ein Wesensmerkmal des Aushilfsarbeitsverhältnisses, daß es nur vorübergehender Natur ist. Es ist jedoch einhellige Meinung, daß der Begriff des dauernden Dienstverhältnisses im Zeugnisrecht nicht eng ausgelegt werden darf. ¹⁾ So wird z. B. die Ansicht vertreten, daß auch ein Aushilfsarbeitsverhältnis ein dauerndes Dienstverhältnis sein könne ²⁾ oder daß es darauf ankomme, ob die Rechtsbeziehungen so lange bestanden, daß sich ein Gemeinschaftsverhältnis entwickeln konnte, was allerdings bei einer Tätigkeit bis zu vier Wochen unwahrscheinlich ist. ³⁾ Diese Auslegungsversuche zeigen, daß die Regelung des § 630 BGB unbefriedigend ist.

M. E. muß die Voraussetzung des dauernden Dienstverhältnisses in § 630 BGB als teilweise überholt angesehen werden und dem Arbeitnehmer auch bei kurzer Beschäftigungsdauer ein Anspruch auf Zeugniserteilung aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gewährt werden. ⁴⁾ Im Gegensatz zu Dersch ⁵⁾ wird allerdings bewußt nur eine teilweise Überholung der Voraussetzung des dauernden Dienstverhältnisses in § 630 BGB angenommen, nämlich für den Fall des einfachen Arbeitszeugnisses. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, dieses Zeugnis, das sich nur auf Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses erstreckt, an die Voraussetzung eines dauernden Dienstverhältnisses zu binden.

Anders liegt es dagegen beim qualifizierten Zeugnis. Dieses erstreckt sich auch auf die Leistung und Führung des Arbeitnehmers. Zur Beurteilung dieser Merkmale bedarf es eines Dienstverhältnisses von einiger Dauer. Hier wird der Gesichtspunkt bedeutsam, daß die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer so lange bestanden haben müssen, daß sich ein Gemeinschaftsverhältnis entwickeln konnte; denn andernfalls kann der Arbeitgeber kaum Leistung und Führung des Arbeitnehmers beurteilen.

Im Ergebnis ist also festzustellen, daß jeder Aushilfsarbeitnehmer einen Anspruch auf ein einfaches Zeugnis hat, sei es nach §§ 73 HGB, 113 GewO, 630 BGB oder aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Ein Anspruch auf ein qualifiziertes Zeugnis steht den Aushilfsarbeitnehmern zu, die den §§ 73 HGB, 113 GewO unterfallen. Aushilfsarbeitnehmer, deren Zeugnisanprüche auf § 630 BGB beruhen,

1) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 630 Anm. 9; Schlessmann, S. 29; Hueck-Nipperdex I, S. 460, Note 3; Oehmann, AR-Blattei, Zeugnis.

2) Oehmann, AR-Blattei, Zeugnis.

3) Schlessmann, S. 30.

4) so auch Kaskel-Dersch, S. 244, die den Anspruch jedoch auf das sozialrechtliche Schutzprinzip stützen wollen.

5) Kaskel-Dersch, S. 244

konnte nur dann ein qualifiziertes Zeugnis verlangen, wenn die Beschäftigungsdauer lang genug war, daß sich ein Gemeinschaftsverhältnis entwickeln konnte.

VI. Die Fortsetzung des Aushilfsarbeitsverhältnisses

Wird ein Aushilfsarbeitsverhältnis nach dem Wegfall des Aushilfsbedürfnisses fortgeführt, so geht es in ein gewöhnliches Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit über. Beim Aushilfsarbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit bzw. mit angegebener Mindestdauer tritt dies ein, wenn trotz des erkennbaren Fortfalls des Aushilfsbedürfnisses der Arbeitnehmer mit ständigen Arbeiten weiterbeschäftigt wird.

Es ist auch denkbar, daß der Arbeitgeber zwar eine rechtzeitige Kündigung ausspricht, der Arbeitnehmer jedoch nach Ablauf der Dienstzeit das Arbeitsverhältnis mit Wissen des anderen Teils fortsetzt. Gem. § 425 BGB gilt das Arbeitsverhältnis damit als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht. Der Fall einer stillschweigenden Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses trotz seiner Beendigung durch Kündigung dürfte allerdings sehr selten sein. Meist wird in derartigen Fällen eine einverständliche Rücknahme der Kündigung vorliegen. 1)

Eine Verlängerung auf unbestimmte Zeit ist im allgemeinen dann nicht anzunehmen, wenn der Arbeitgeber nur den Anschluß eines befristeten Arbeitsverhältnisses anträgt. In diesem Antrag ist nämlich ein Widerspruch gegen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit zu sehen. 2)

Ihre eigentliche Bedeutung hat die Regelung des § 425 BGB bei den automatisch endenden befristeten Aushilfsarbeitsverhältnissen. Wird die Tätigkeit nach Fristablauf mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt und erfolgt kein unverzüglicher Widerspruch, so geht das befristete Aushilfsarbeitsverhältnis ex lege in ein gewöhnliches Arbeitsverhältnis über. Das Aushilfsarbeitsverhältnis kann also sein Ende nicht nur durch das Ausscheiden des Aushilfsarbeitnehmers aus dem Betrieb finden, sondern auch dadurch, daß der Arbeitnehmer in ein ständiges Arbeitsverhältnis übernommen wird.

1) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 620 Anm. 3.

2) BAG, Betr. 1960, 582.

Schlußbemerkung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß das Aushilfsarbeitsverhältnis auf Grund seiner vorübergehenden Natur in vielfältiger Hinsicht vom normalen Erscheinungsbild des Arbeitsverhältnisses abweicht. Die grundlegendsten Unterschiede ergeben sich vor allem dort, wo es um die Fragen des Bestandschutzes geht. Darüber hinaus zeigte sich, daß die gesamten rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht von derselben Intensität wie bei sonstigen Arbeitsverhältnissen sind.

Obwohl der Gesetzgeber dem Aushilfsarbeitsverhältnis wenig Aufmerksamkeit geschenkt hat, gelang es, in fast allen Zweifelsfragen zu sachlich brauchbaren Ergebnissen zu kommen. Lediglich im Sozialversicherungsrecht erscheint eine Änderung der gegenwärtigen Rechtslage notwendig. 1)

1) Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung sieht in seinem § 169 die nötigen Änderungen vor.

L E B E N S L A U F

Am 12. April 1938 wurde ich, Werner Knoblauch, als zweites von vier Kindern des Ingenieurs Alfred Knoblauch und seiner Ehefrau Else, geb. Rau, in Stuttgart geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Heimsheim und Feuerbach sowie des Gymnasiums in Feuerbach und Korntal, legte ich am 23. 2. 1957 am Gymnasium Korntal das Abitur ab.

Im Sommersemester 1957 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Die ersten beiden Semester studierte ich in Tübingen, seit dem Sommersemester 1958 setzte ich das Studium in München fort, wo ich am 4. August 1961 die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Seit November desselben Jahres leistete ich in München den Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare ab.

